

## IV

# A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

*Dejair dos Anjos Santana Júnior*

Mestre em Direito pela Universidade  
Federal da Bahia. Email:  
arielechagas@yahoo.com.br.

Recebido em 06.07.2013

Aprovado em 22.08.2013

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Advento do Direito Pós-Moderno e o Neoconstitucionalismo. 3. Os Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade. 3.1 A Evolução dos Direitos Fundamentais. 3.2 O Reflexo dos Direitos Fundamentais. 3.3 A Nova Postura das Regras e dos Princípios na Pós-Modernidade. 3.4 Princípios que Materializam a Efetividade dos Direitos Fundamentais. 4. A Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais e as Omissões Inconstitucionais. 5. Conclusões. 6. Referências.

**RESUMO:** Inegavelmente, as questões mais atuais e relacionadas, por exemplo, à interpretação e à aplicabilidade das normas constitucionais não podem ser bem compreendidas se não forem enunciados os principais fatos históricos responsáveis pela transformação dos Estados e, logicamente, dos modelos normativo-constitucionais que sustentaram tais ordenamentos. Este trabalho tem o objetivo de analisar a evolução da teoria dos direitos fundamentais e como a evolução conjunta entre o neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais motivam a concretização das normas constitucionais, bem como demonstrar como a interpretação principiológica da constituição funciona como um instrumento de combate às omissões legislativas inconstitucionais, principalmente no tocante à eficácia das normas constitucionais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo – neoconstitucionalismo – eficácia – normas constitucionais – direitos fundamentais

**ABSTRACT:** Undeniably, the most current and related issues, for example, the interpretation and applicability of the constitutional rules can not be well understood unless are listed the main historical facts responsible of the processing of States and, of course, the normative-constitutional models that supported such jurisdictions. This study aims to examine the evolution of the fundamental rights and how the joint development of the neoconstitucionalism and the fundamental rights motivate the implementation of the constitutional rights, and it aims to demonstrate how interpretation of the constitution set of principles serves as an instrument to combat unconstitutional legislative omissions, especially regarding the effectiveness of constitutional norms.

**Keywords:** Constitucionalism - neoconstitucionalism - effectiveness - constitutional rules – constitucional principles – fundamental rights

## 1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é uma consequência inevitável do desenvolvimento humano. Ao se agrupar com outros indivíduos, surgiu a necessidade de um “ser” repressor que ditasse os limites e regras que cada um deveria seguir<sup>1</sup>. Surge assim, ao lado da moral, o Direito como um conjunto de regras impostas a toda a sociedade. Suscita-se a dúvida de quem foi o responsável pela criação das primeiras normas jurídicas. A resposta é simples, óbvia e inquestionável: aquele que detinha o poder.

O estudo da evolução histórica da sociedade e do Direito nos leva a crer que as tendências culturais, filosóficas e estruturais de um povo nada mais é que uma realidade modelada por aqueles que detêm o poder em um determinado momento da história.

---

<sup>1</sup> Seguindo a mesma linha de raciocínio, Paulo Cesar Santos Bezerra afirma que “o vasto número de regras, preceitos e conceitos, provenientes das diferentes fontes que buscam a harmonia social, desde os conselhos maternos, passando pelas lições dos mestres, pelas regras de etiqueta e de urbanidade, pelos preceitos morais e pelos mandamentos religiosos, tudo isso constitui mecanismos de regulamentação da sociedade, dentre os quais o direito surge como o mais severo e eficiente instrumento de controle social, chamado a atuar sempre que a conduta humana ultrapasse os limites do meramente conveniente e se constitua uma ameaça à paz social.” (BEZERRA, Paulo César Santos. *A Produção do Direito no Brasil*, p. 28.

Ideologias, teorias sempre são possíveis quando maleáveis ou pertinentes à manutenção ou fortalecimento do poder de controle do seletivo grupo de governantes com poder econômico para fazer ecoar seus anseios por todas as demais camadas sociais. Logo, a realidade e a teoria dominante podem ser totalmente rechaçadas se alterado o grupo seletivo de governantes.

Percebe-se, também, que no mundo científico os pensadores digladiam entre si em busca da soberania de suas opiniões. Não se busca com isso a implementação de seus estudos, a mera supremacia abstrata já os deixa lisonjeiros. A mudança não é o verdadeiro estopim de suas pesquisas, mas sua própria vaidade.

A esfera jurídica segue o mesmo rumo. As mudanças não se revelam em autênticas rebeliões sociais. Por trás dos ideais humanísticos, coletivos, há sempre um motivo individual muito mais preponderante a catalisar as transformações.

A constitucionalização do direito é um grito abafado tentando ecoar no mundo jurídico. A tentativa de dar força e aplicabilidade às normas constitucionais indica uma busca incessante pela concretização dos direitos sociais e que dignificam o homem.

Nesse sentido, mister o estudo dos direitos fundamentais e sua evolução histórica na sociedade, a fim de que se entenda a sua importância para os dias atuais. A fim de se reduzir as desigualdades sociais vigentes na sociedade hodierna, de se implementar as políticas públicas e de se ver realizados os preceitos constitucionais, é necessário o estudo e o alcance do tema em tela.

Desta forma, tentar-se-á demonstrar de que forma a evolução do constitucionalismo está diretamente ligada ao estudo dos

direitos fundamentais. Mais precisamente, de que forma a evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais está ligado ao combate às omissões legislativas inconstitucionais. Pois, apenas através da concretização dos direitos fundamentais poderá existir uma “sociedade livre, justa e igualitária”.

## **2. O ADVENTO DO DIREITO PÓS-MODERNO E O NEOCONSTITUCIONALISMO**

Inicialmente, não há como se falar em neoconstitucionalismo se não se entender o que foi o constitucionalismo. Pode-se afirmar, inicialmente, com espeque na lição do professor Dirley da Cunha Júnior<sup>2</sup>, que o constitucionalismo foi um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.

O constitucionalismo surge, então, com o objetivo de limitar o poder do soberano, assim como para lhe criar deveres. Surge juntamente com o constitucionalismo o positivismo jurídico. Próprio de um contexto em que a corrente filosófica de Augusto Comte se consolida, tenta-se trazer a idéia do positivismo para o Direito.

A gênese do constitucionalismo clássico, para Manoel Jorge da Silva e Neto<sup>3</sup>, está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá

---

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 23.

<sup>3</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional*, p. 43.

compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual.

Para Barroso<sup>4</sup>, o sistema jurídico passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na pretensão de se fazer uma “ciência” jurídica, eliminou-se a moral e os valores do Direito, passando a ciência do direito a ser pautada exclusivamente em fatos. Daí o célebre brocardo “dai-me os fatos que lhe darei o direito”. O Direito passou a ser, então, uma mera subsunção de análise dos fatos à norma adequada existente no ordenamento jurídico.

Aliando tal fato com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação começa a mudar. Começam a eclodir movimentos sociais contra a opressão dos empregadores, briga por melhores salários e por melhores condições. Mais do que isso, inicia a pressão para que o Estado volte a intervir na sociedade, não apenas regulando, mas proporcionando direitos previsto nas Cartas.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior<sup>5</sup>, com a derrocada do Estado liberal, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 13-14.

<sup>5</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 119.

direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social, ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exige prestações positivas.

Surge, assim, o Estado social, diametralmente oposto ao modelo liberal. Neste, o Estado deveria se abster nas relações sociais e econômicas, naquele, é necessária a intervenção estatal. O Estado passa a ter destaque também na vida jurídica, uma vez que os direitos previstos nas constituições devem ser garantidos, e, por isso, normatizados. Passa-se a falar, assim, em “direitos fundamentais”.

A fim de se normatizar esses elementos necessários para o bem-estar social, Dirley da Cunha Júnior<sup>6</sup> assegura que, nesse momento, surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação. Decerto, essa programaticidade das Constituições haverá de se combinar com sua efetividade, sob pena de se negar vigência ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Essa nova necessidade de se adequar a real efetividade da Constituição com a nova realidade e anseios da sociedade mundial colocou em xeque o positivismo jurídico, já que este, ao normatizar a razão iluminista, colocou de lado os valores e a moral, focando unicamente os fatos.

---

<sup>6</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 122.

Contudo, o pilar do positivismo jurídico, a razão, sofreu dois abalos nos últimos séculos de tamanha relevância que ficou demonstrado que essa “razão” buscada no século da luz nada mais é do que pura ilusão.

Ao comentar sobre esses abalos, Barroso<sup>7</sup> assegura que o primeiro ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Este assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à “razão” ocorreu com Freud. Freud descobriu que o homem não é senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por “vontade” do seu inconsciente.

Barroso não quis demonstrar que a razão perdeu a sua importância, ao contrário, ele afirma que ela é muito importante, mesmo no ordenamento jurídico. O que ele quis demonstrar é que a razão divide o palco da existência humana com, pelo menos, mais dois fatores: a ideologia e o inconsciente.

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 8-11.

Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico. O positivismo jurídico foi derrotado com suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser*, normatiza-se uma norma para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um “dado”, mas uma “criação” do operador do direito.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os governantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita.

Barroso<sup>8</sup> explica que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 27.

designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. Essa nova ideologia deu margem ao surgimento de uma nova teoria de constitucionalidade, o *neoconstitucionalismo*.

Percebe-se, assim, que os ideais propugnados pela modernidade, apesar de terem desenvolvido o mundo moderno, trouxeram grandes conseqüências para a humanidade. Bittar<sup>9</sup> afirma que a ciência converteu a ciência em produto, e esta, uma vez tornada produto sob a lupa de investigação do cientista, também se tornou produto na esteira da produção capitalista. Em nome do progresso, portanto, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização. Daí a importância do retorno aos valores, período que os jusfilósofos nomearam de *pós-modernidade*.

A pós-modernidade surge como a necessidade de um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, a necessidade de um longo processo de maturação axiológica. Como resultado desse novo período, surge o movimento *supra* mencionado, o neoconstitucionalismo.

Enaltecendo a importância dessa transição, Dirley da Cunha Júnior<sup>10</sup> assenta que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*,

---

<sup>9</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*, p. 87.

<sup>10</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 33-36.

consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Com efeito, as novas Constituições passaram a ser verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante do ordenamento, por isso que dotada de supremacia. Mas tais normas deixaram de ser desprovidas de valor, todo o ordenamento passou a ser centrado nos valores escolhidos por cada carta constitucional. Ilustrativamente, os principais valores da Constituição brasileira de 1988 são a *soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político*.

### **3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE**

#### **3.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Com o processo de constituições escritas, o legislador precisou elencar um rol de direitos que seriam considerados basilares para aquele período histórico, para aquele espaço e para aquela referida sociedade. O advento das constituições escritas proporcionou a positivação de direitos que seriam *fundamentais* para a sua sociedade, naquele tempo e lugar.

Sendo assim, não necessariamente o que era *fundamental* em uma determinada época, também o seria em outra, ou vice-versa. O estudo dos direitos fundamentais está intimamente ligado à história e ao desenvolvimento do homem, mudando-se de perspectiva e extensão com o decorrer do tempo. Nas sábias palavras de Konrad Hesse, “(...) o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos”<sup>11</sup>.

Primeiramente, vale ressaltar a discussão doutrinária sobre o termo mais adequado a ser empregado no que toca a esta questão, se as etapas da evolução dos direitos fundamentais devem ser chamados de “dimensões” ou “gerações” de direitos fundamentais.

Este último termo, utilizado largamente na doutrina na última década, vem sofrendo diversas críticas pela doutrina nacional e estrangeira, haja vista tal terminologia induzir ao erro de se imaginar que uma “nova” geração iria simplesmente *substituir* a geração anterior. Ingo Wolfgang Sarlet<sup>12</sup> assenta que não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra.

Complementando esse entendimento, afirmando que não apenas pelo motivo exposto o uso do termo “gerações” é inadequado,

---

<sup>11</sup> HESSE, Konrad. *Significado dos Direitos Fundamentais*, p. In\_\_ Temas Fundamentais de Direitos Constitucional, p. 26.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 45.

Dirley da Cunha Júnior<sup>13</sup> traz a lição do professor Willis Santiago Guerra Filho, lecionando que:

(...) segundo esse autor, é mais adequado o termo “dimensões”, não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra *dimensão* quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente, como ocorreu, por ex., com o direito individual de propriedade, típico direito de segunda geração, assumindo uma *dimensão* que exige o respeito à função social da propriedade e, ante os direitos de terceira geração, adotando *dimensão* que lhe impõe a apreço à sua função ambiental.

Seguir-se-á no decorrer deste trabalho com a escolha do termo “dimensão”, justamente por se entender que os direitos fundamentais estão em constante processo de expansão e cumulação<sup>14</sup>, adotando-se a idéia de complementariedade entre as diversas etapas da evolução dos direitos fundamentais.

Um segundo ponto de destaque a que se deve fazer alusão é a clássica confusão, mesmo entre os doutrinadores, em confundir o significado da expressão “direitos fundamentais” com outros termos que chegam a ser espécies deste, como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos humanos”<sup>15</sup>, entre outros. Não obstante a

<sup>13</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 205.

<sup>14</sup> “Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensão e “gerações” de direitos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 45.)

<sup>15</sup> A título de ilustração do significado de tais expressões, Dirley da Cunha Júnior assenta que o termo “liberdades públicas” foi empregado na doutrina francesa para designar um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do Estado, sendo, contudo, uma expressão limitada, haja vista não compreender os direitos sociais e econômicos. Por seu turno, explica o citado autor que os “direitos individuais” estão associados ao indivíduo isoladamente considerado, renegando-se o caráter de

utilização desses diversos termos por toda a Carta Maior, vale ressaltar que a expressão “direitos fundamentais” foi a escolhida pelo legislador constituinte por ter um caráter mais amplo do que aquelas demais expressões para expressar os direitos que seriam tidos como *fundamentais* para aquela determinada sociedade. Entende-se, assim, que aqueles termos nada mais são do que espécies de um todo maior denominado “direitos fundamentais”.

Para um maior esforço didático, a doutrina classifica os direitos fundamentais, em regra, em três tipos: os direitos de primeira dimensão (os direitos civis e políticos); os de segunda dimensão (os direitos sociais, econômicos e culturais); e os de terceira dimensão (os direitos da solidariedade e fraternidade). Não obstante, impende informar que há doutrinadores que visualizam a existência de uma quarta, quinta e até mesmo uma sexta dimensão.

#### *a) Os Direitos de Primeira Dimensão*

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que primeiro foram reconhecidos como *fundamentais* nas Cartas Constitucionais, e tem origem no que hoje a doutrina chama de constitucionalismo moderno. São próprias da Revolução Francesa de 1789 e de suas promessas.

---

sociabilidade intrínseco ao ser humano. Já os “direitos individuais”, concernem àquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico, podendo seus titulares deles livremente dispor, além mesmo renunciá-los, o que não se coaduna com a idéia de direitos fundamentais, que são, em princípio, inalienáveis e imprescritíveis. Em relação aos “direitos subjetivos”, afirma que exprimem uma situação jurídica subjetiva do indivíduo em face do Estado; representam uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, encontrando-se, por essa razão, superados pela própria dinâmica econômico-social dos tempos hodiernos, em que o desfrute de qualquer direito fundamental reclama uma atuação positiva do poder público. Por fim, para ele, os direitos humanos compreendem todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual, o que destoa do conceito de direitos humanos, que são direitos válidos para uma sociedade em particular. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 152-155)

Como visto acima, o constitucionalismo moderno surgiu com a formação dos Estados Nacionais e com a posterior consolidação do positivismo jurídico<sup>16</sup>. E, analisando a relação do Estado com tal movimento jusfilosófico, salienta Walter de Moura Agra<sup>17</sup>:

Seu interesse (do Estado) é apenas pelo direito posto, elaboração de seres humanos, cristalizado em textos escritos, providos de uma autoridade estatal. As demais cominações sejam de onde provierem não fazem parte do direito positivo e, portanto, não possuem como característica a coercitividade de seus postulados.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup>, foi a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, que marcou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, recebendo o rótulo de “pai” dos direitos fundamentais.

Surgido no contexto liberal-burguês, no qual se procurava o distanciamento do Estado da esfera individual dos cidadãos, passaram tais direitos a expressar formas de defesa dos indivíduos frente ao Estado, em virtude do receio da opressão estatal. Podem ser entendidos como os direitos de resistência do indivíduo em face do Estado, assumindo a postura de direitos civis e políticos.

Não há espaço para o Estado regulamentar as relações na esfera privada na ideologia liberal. Lembre-se que neste momento

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, Walter de Moura Agra: “O positivismo jurídico surgiu *pari passu* com a formação e consolidação do Estado Nacional. Essa doutrina representou um instrumento imprescindível para o desenvolvimento do Estado Moderno, legitimando a expansão das atividades estatais no primado da legalidade. Quando afirmou que a única possibilidade para a existência de normas jurídicas era por meio de sua promulgação por órgãos estatais, ao mesmo tempo em que concentrou a produção normativa do Estado, retirou o caráter vinculante de outros ordenamentos que não eram inseridos a ele, como as normas religiosas, morais, corporativas etc.” (AGRA, Walter de Moura. *Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo*. In\_\_ Teoria do Direito Neoconstitucional. p. 431.)

<sup>17</sup> AGRA, Walter de Moura. *Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo*. In\_\_ Teoria do Direito Neoconstitucional. p. 432

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 43.

histórico a economia estava em franco desenvolvimento, o que fazia com que a burguesia exigisse a separação entre Estado e economia.

Refletindo sobre os objetivos do Estado em tempos liberais, Adam Smith imaginou-o com três deveres principais que deviam ser seguidos, quais sejam:

- a) O dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e c) o dever de erigir e de manter certas obras públicas, e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles.

Esses direitos de primeira dimensão “já se consolidaram universalmente, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão”. Portanto, o surgimento de “novos” direitos, e o seu reconhecimento, não fez com que o direito ao voto, à liberdade, à vida, por exemplo, deixem de ter sua importância e destaque.

#### *b) Os Direitos de Segunda Dimensão*

No primeiro momento, em que se exigia do Estado o seu afastamento das relações sociais, os burgueses expandiram seu domínio tanto no meio econômico como no social. Contudo, o poder econômico da burguesia levou ao abuso de sua força de trabalho, o que acabou irrompendo diversos problemas sociais e econômicos. As velhas promessas de Igualdade, Liberdade e Fraternidade advindas da Revolução Francesa ficaram apenas no plano das idéias, não vindo a se realizar no estrato social.

Ademais, o resultado do positivismo jurídico baseado apenas em critérios legais, completamente desvinculados de valores morais acabou tendo como consequência graves problemas sociais, em especial, as duas grandes guerras. A figura da norma como forma de manifestação da “razão” sem interferências valorativas passou a ser questionada (*ver supra*).

Nesse momento, o Estado é chamado a agir. A nota distintiva deste momento histórico é completamente oposta à anterior; enquanto naquela primava-se pela abstenção do Estado, nesta, o que se quer é a sua ação. Deseja-se que ele cumpra as promessas que havia suscitado, que os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade fossem materialmente efetivados no seio da sociedade. Desta forma, tais direitos caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas<sup>19</sup>. Em virtude disso, é característica marcante dos direitos de segunda dimensão o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>20</sup>.

Instala-se, assim, o Estado de Bem-Estar Social, o qual se faz intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Assenta, ainda, Dirley da Cunha Júnior que “Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa,

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 47.

<sup>20</sup> Comparando as duas primeiras dimensões, Paulo Bonavides<sup>1</sup> expõe que a primeira dimensão dos direitos fundamentais consistia essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, e que, a partir da segunda dimensão, tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, os critérios objetivos de valores. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 522.)

pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais.”<sup>21</sup>

Mas o grande problema dos direitos de segunda dimensão está justamente na sua eficácia. Apesar de o Estado ter visualizado que a norma precisava de uma carga valorativa e que era necessário que ela fizesse parte do corpo constitucional, os direitos sociais de segunda dimensão sempre tiveram uma carga programática muito grande. Surgiram não para serem efetivadas de imediato, mas para que servissem como *programa* de governo a ser realizado em momento futuro.

Ensina o professor Paulo Bonavides<sup>22</sup> que as normas de segunda dimensão possuíam baixa normatividade em virtude da própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatadas por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Sendo assim, “o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos”<sup>23</sup>.

Segundo a clássica classificação de José Afonso da Silva, tais normas são nitidamente de eficácia limitada, haja vista a necessidade de atuação do poder estatal para que haja a sua implementação. Todavia, essa suposta falta de eficácia não perdurará

---

<sup>21</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 210.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.

<sup>23</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 216.

por muito tempo na doutrina brasileira, como se verá no decorrer deste trabalho.

*c) Os Direitos de Terceira Dimensão*

A fim de delimitar um ponto essencial dos direitos de terceira dimensão, e mesmo de conceituá-lo, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>24</sup> faz um breve resumo dessa discussão na doutrina:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Interessante o ensinamento que Paulo Bonavides<sup>25</sup> traz sobre a temática, no qual os direitos de terceira dimensão, na visão de E. Mbaya, exprime-se de três maneiras: a) O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); b) Ajuda recíproca (bilateral ou

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 48.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 524.

multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *déficits*); e c) Uma coordenação sistemática de política econômica.

Percebe-se, portanto, que os direitos de terceira dimensão não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo<sup>26</sup>. E, por tal medida, por terem nitidamente uma titularidade coletiva e não individual, não estão completamente reconhecidos nas cartas constitucionais, apesar da Carta brasileira já reconhecer alguns desses direitos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento...

#### *d) Outras Dimensões?*

Decorrente das inovações tecnológicas e dos novos anseios da sociedade, alguns autores, como Paulo Bonavides<sup>27</sup>, classificam os novos direitos recepcionados pelas Cartas Constitucionais como uma dimensão diferente das já anteriores. Tais direitos seria a consequência da globalização do neoliberalismo que, apesar de trazer mais problemas do que os que intenta resolver, possui um conteúdo dentro da sua globalização política que se desenvolve sem estar atrelado à ideologia neoliberal: os direitos fundamentais.

Essa globalização leva à institucionalização do Estado social, gerando os direitos de quarta geração, os quais Paulo

<sup>26</sup>

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 217.

<sup>27</sup>

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 524.

Bonavides elenca-os como sendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, enaltecendo que compendem a esses direitos o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos, sendo tão-somente com eles a legitimidade e a possibilidade da globalização política.

Vale ressaltar que as outras dimensões não deixam de existir com a possibilidade de uma quarta. “Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”<sup>28</sup>.

Percebe-se que, na visão do renomado doutrinador, “o direito à democracia direta<sup>29</sup> e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica para o qual convergem todos os interesses do sistema”<sup>30</sup>.

Konrad Hesse<sup>31</sup>, implicitamente, coaduna com a posição central da democracia direta como um direito fundamental – mas não o classifica em nenhuma dimensão – ao afirmar que a configuração jurídica dos direitos fundamentais se baseia nos princípios do sufrágio geral, livre, igual e secreto. Assenta, ainda, que esses direitos fundamentais regulam e asseguram a livre e igual participação dos cidadãos na formação da vontade política e, ainda mais, protegem a

---

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 525.

<sup>29</sup> Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, em outra obra de Paulo Bonavides, *A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais*, Bonavides posiciona o direito à paz em lugar de destaque: “Considerações similares dizem respeito ao direito à paz, que, na concepção de Karel Vasak

<sup>30</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 218.

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. *Significado dos Direitos Fundamentais*, p. In\_\_ *Temas Fundamentais de Direitos Constitucional*, p. 37.

atividade e a igual oportunidade das minorias políticas e a formação da opinião pública.

Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>32</sup> afirma que, em outra obra, *A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais*, Paulo Bonavides coloca o direito à paz em lugar de destaque:

Considerações similares dizem respeito ao direito à paz que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma

Demonstra-se que já existe na doutrina considerações acerca de novas dimensões dos direitos fundamentais, contudo, entende o Supremo Tribunal Federal que, por não haver um marco histórico definitivo de cada uma dessas novas dimensões, ainda se está em transição para uma quarta.

### 3.2 O REFLEXO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Infere-se do *supra* exposto que os direitos fundamentais estão intimamente ligados à história, “fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens

---

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 51.

fundamentais e elementares do ser humano”<sup>33</sup>, possuindo um caráter plenamente aberto e mutável. Mas, de que forma esses direitos fundamentais foram incorporados às novas constituições pós-modernas? Ana Paula de Barcellos<sup>34</sup> tenta responder a essa pergunta:

(...) 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.

Da explicação da citada professora, pode-se chegar a algumas conclusões. Primeiramente, as normas de direitos fundamentais passaram a ao *status* de *normas constitucionais*, passaram a fazer parte do corpo normativo das constituições pós-modernas, formando um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.

Em segundo lugar, a Constituição foi levada ao topo do ordenamento jurídico. Para Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>35</sup>, “As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam”. E não apenas

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 52-53.

<sup>34</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, In\_\_ *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, p. 137.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional*. In\_\_ *Interpretação Constitucional*, p. 273.

isso, a Constituição passaria a partir daquele momento a ser a lente pela qual seriam interpretadas todas as normas infraconstitucionais.

Passaram, portanto, as normas constitucionais a serem imperativas, a apontar uma obrigatoriedade de comportamento. “Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem”<sup>36</sup>.

Para Dirley da Cunha Júnior<sup>37</sup>, essa imperatividade, característica marcante das constituições rígidas, quando enfocada nas normas jurídicas, traz a nova noção de unidade constitucional:

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.*<sup>38</sup>

Sendo assim, conseqüência da superioridade jurídica é a revogação de todas as normas anteriores com ela contrastantes e a nulidade de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência. Por outro lado, o ordenamento jurídico passa a compor uma *unidade* por ter todas as suas normas em mesmo nível hierárquico entre si.

---

<sup>36</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 52.

<sup>37</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 55.

<sup>38</sup> Explica o professor, o que significa compatibilização *formal* e *material*: “Essa compatibilização deve ser *formal*, no sentido de que estão de acordo com o modo de produção legislativa traçado na carta maior; e *material*, no sentido de que o conteúdo desses atos guarda harmonia com o conteúdo da lei magna.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 55).

A terceira característica marcante é a incorporação de valores e opções políticas às cartas constitucionais, inclusive nas normas fundamentais. A Constituição passa a ser vista como um sistema uno e que privilegia determinados valores. Todas as normas constitucionais possuem, portanto, força normativa, diferenciando-se entre si apenas em relação ao seu *grau* de eficácia<sup>39</sup>.

Konrad Hesse<sup>40</sup> leciona que a força normativa da constituição reside justamente na sua adaptação inteligente a uma dada realidade e a possibilidade de se converter em força ativa (a qual se assenta na natureza singular do presente). Afirma o aludido autor que a Constituição não tem possibilidade de realizar nada, contudo, tem o poder de impor tarefas, constituindo-se em *força ativa* justamente no momento em que essas tarefas são efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Sendo assim, para que os direitos fundamentais possam ter efetividade na realidade social, mister que haja uma Constituição em que suas normas sejam superiores às infraconstitucionais; que as

---

<sup>39</sup> Comparando a Constituição brasileira atual com as antigas, ressalta Barroso e Barcellos: “A *falta de efetividade* das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram n prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional*. In\_\_ Interpretação Constitucional, p. 272).

<sup>40</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. In\_\_ Temas Fundamentais do Direito Constitucional, p. 132.

normas constitucionais entre si não possuam hierarquia e que se busque sempre a força normativa da constituição.

Entretanto, para os direitos fundamentais serem efetivos, é necessário que sejam interpretados adequadamente, mas isso só pode ser feito se antes houver um aprofundamento de estudo em relação à estrutura das normas de direitos fundamentais.

### 3.3 A NOVA POSTURA DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS NA PÓS-MODERNIDADE

Antes de penetrar no mundo das regras e dos princípios, mister enunciar a origem deles. Ambos são provenientes de textos, os quais farão surgir as normas. Citando Riccardo Guastini, Humberto Ávila<sup>41</sup> assenta que “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. Coadunando com o entendimento, Umberto Eco<sup>42</sup> ressalta que “(...) um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores com o sentido”.

A norma figura como gênero de onde provêm as regras e os princípios. A despeito de comumente se falar apenas das diferenças entre tais termos, eles também possuem características semelhantes:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para

---

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 30.

<sup>42</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*, p. 28.

juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>43</sup>

Robert Alexy afirma que o critério tradicional de distinção entre regras e princípios está atrelado ao *grau de generalidade* entre elas. Para o autor, os princípios figuram como normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem grau de generalidade relativamente baixo<sup>44</sup> ,.

Afirma, ainda, a existência de outros critérios de distinção<sup>45</sup> tais como “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica<sup>46</sup>. Contudo, entende Alexy que há um critério de distinção que distingue

---

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 87.

<sup>44</sup> Por outro lado, Humberto Ávila tenta classificar outras formas de distinção entre regras e princípios, *in verbis*: “(...) os critérios usualmente empregados são os seguintes: (...) Em *primeiro lugar*, há o critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em *segundo lugar*, há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*. (...) Em *terceiro lugar*, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante a ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. (...) Em *quarto lugar*, há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 39).

<sup>45</sup> Dentre as diversas possibilidades de distinção entre regras e princípios, vale destacar a distinção quanto ao conteúdo feita por Barroso (2004, p; 353). Ele assevera que os princípios destacam-se como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 88.

nitidamente os dois tipos de normas, que é a característica dos princípios como mandamentos de otimização. De acordo com esta peculiaridade, os princípios devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas. Diferentemente é a postura das regras, as quais são sempre satisfeitas ou não satisfeitas: “Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos”,<sup>47</sup>.

Sendo assim, confirma-se o maior grau de abstração dos princípios, não regulando condutas e não estabelecendo as hipóteses de situações em que eles poderão incidir. Sua aplicação decorre do sistema denominado *ponderação*, no qual o intérprete, havendo conflito entre princípios no caso concreto, deverá sopesar qual deles tem um valor “maior” *naquele* caso concreto, o que não ocasiona a exclusão do outro princípio, já que ele poderá ter um valor “maior” em outro caso.

As regras, por sua vez, possuem caráter objetivo, geral e abstrato, delimitando as condutas e as hipóteses de situações em que ela pode incidir. Nesse contexto, as regras operam-se no sistema denominado *subsunção*: ocorrendo o fato descrito na norma, a conclusão será a que nela estiver prescrita. Havendo conflito de regras no caso concreto, apenas um deles poderá sair vencedor no momento da interpretação, excluindo-se o outro do ordenamento jurídico. É a modalidade denominada *tudo ou nada*.

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

Lenio Luiz Streck ressalta que não se deve levar ao maniqueísmo de classificar os princípios como “bons” e as regras como “más”, pois ambos são importantes para o ordenamento jurídico.

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos –, tampouco que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. (...) Regras (...) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. (...) Mas as regras não são “boas” nem “más”; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sombra do positivismo jurídico.

Em verdade, o pós-positivismo não procura destruir os resultados principais do positivismo. Ele apenas procura colocar valores onde antes não existia<sup>48</sup>. Assim, esses valores ingressaram nas Constituições como *princípios*, tanto implícitos como explícitos, servindo de vetores, guias tanto para os intérpretes do Direito como para seus operadores.

Apesar de estarem sempre presentes no âmbito filosófico e jurídico, os princípios têm seu lugar de destaque na pós-modernidade por causa da sua *normatização*, o que fez com que passassem a ser de cumprimento obrigatório por todos que estejam resguardados por sua carta constitucional.

---

<sup>48</sup> No mesmo entendimento, Bittar (2009, p. 108) assenta que a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal) ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão.

Para Barroso (2001, p.30), os princípios possuem três diferentes funções: condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Coadunando com o entendimento deste trabalho, salienta o eminente autor que na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Conclui-se, portanto, que ambos os instrumentos interpretativos têm importância no mundo jurídico, os princípios e as regras possuem igualmente o mesmo *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.

Percebe-se, assim, que a perspectiva pós-moderna e pós-positivista influenciou decisivamente na formação de uma moderna hermenêutica constitucional, sendo o Direito considerado um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, não restrito apenas aos operadores do direito.

Esse novo olhar sobre o Direito, principalmente o direito constitucional, trouxe duas características marcante na visão do professor Barroso (2001, p. 42): a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.

Para fins deste trabalho, iremos ater apenas em relação à primeira característica, a questão da efetividade das normas constitucionais no direito pós-moderno.

### 3.4 PRINCÍPIOS QUE MATERIALIZAM A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Observa-se que a pós-modernidade, juntamente com o neoconstitucionalismo, proporcionou o ingresso dos valores às novas cartas constitucionais. Mas não apenas isso. As novas mudanças possibilitaram a visão do ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios. Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug<sup>49</sup> asseveram que as constituições atuais devem ser compreendidas como um sistema normativo dinâmico, posto que ela não se encontra apartada da sociedade que visa a regular. Assentam que deve haver uma relação de reciprocidade entre a realidade fática e a normativa, de modo que a realidade fática penetra na realidade normativa e vice-versa.

A fim de adequar a realidade fática à normatização, alguns princípios se destacam na busca da efetividade das normas constitucionais, trazendo forte carga axiológica que lhes são peculiares e ajudando na interpretação do ordenamento como um todo.

#### *a) Princípio da Efetividade*

O primeiro deles a ser lembrado é o Princípio da Efetividade. Tal princípio acresce uma nova característica aos atos

---

<sup>49</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. *Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais*, In\_\_ Interpretação Constitucional, p. 150

jurídicos em geral, os quais na doutrina clássica se dividem em três planos: o da existência, validade e eficácia. Barroso e Barcellos<sup>50</sup> assim o define: “*Efetividade* significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Ou seja, o intérprete, no momento de analisar a norma constitucional, deve interpretá-la de acordo com a realidade fática, devendo escolher, entre as várias interpretações possíveis, aquela que melhor alcance a vontade da constituição.

Contudo, André Puccinelli Júnior<sup>51</sup> adverte que não se deve confundir os termos *eficácia* com *efetividade*. *In verbis*, assim expõe os dois conceitos:

A primeira designa a qualidade, que de resto acompanha todas as normas jurídicas, de produzir em maior ou menor grau os seus efeitos típicos. Diz respeito apenas à potencial aptidão do ato normativo para surtir efeitos a que se preordena, sem nutrir a preocupação de investigar se tais efeitos realmente vingaram ou se a norma é de fato respeitada e cumprida no âmbito das relações sociais. É neste quarto plano, o da realidade subjacente, que emerge o conceito de efetividade ou eficácia social, retratada por Kelsen como a particularidade de uma norma jurídica ser efetivamente aplicada e observada na ordem dos fatos.

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional*. In\_\_ *Interpretação Constitucional*, p. 303

<sup>51</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 71-72.

Ocorre que, apesar da norma constitucional “nascer” para ser efetiva, para ter cumprimento espontâneo desde o seu surgimento, é inquestionável que muitas das normas da Carta Magna não são plenamente efetivas, e isso ocorre basicamente por dois motivos: “I) quando a norma contraria tendências e valores socialmente arraigados; II) quando sua concretização colide com interesses poderosos, influentes sobre os próprios organismos estatais”<sup>52</sup>.

Ora, na primeira hipótese, a norma já nasce viciada. Como exposto acima, a norma constitucional deve estar relacionada com a realidade fática, ocorrendo entre a norma e a realidade prática uma relação dialética, na qual uma influencia a outra. Na hipótese em análise, isso não ocorre, motivo pelo qual a norma acaba não surtindo efeitos concretos.

A segunda hipótese é mais preocupante, e tem nítida relação com o objetivo deste trabalho. Aqui, a norma não se concretiza por opção daquele que detém poder, o que impossibilita a efetividade da norma constitucional. Ocorrendo, por exemplo, quando a norma constitucional obriga à criação de uma determinada lei e o poder legislativo não cumpre com sua devida obrigação. Seja porque não é interessante por alguns dos parlamentares, seja em virtude do lobbie que ainda vicia o parlamento, seja por outros grupos de interesse na manutenção da situação do *status quo*. Desta forma, a norma não é efetiva em virtude da própria atuação daqueles que teriam a obrigação de cumpri-la.

---

<sup>52</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 72.

O princípio da efetividade surge justamente para tentar coibir este tipo de ação que prejudica a concretização da norma constitucional. Serve como um reforço para o princípio da supremacia da constituição, procurando cada vez mais a aplicabilidade plena das normas constitucionais.

Percebendo a importância e a extensão de complexidade do princípio da efetividade André Puccinelli Júnior o desdobra em outros dois subprincípios: o da proibição do retrocesso social e da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os quais são importantes a ser lembrados.

#### *b) Princípio da Proibição do Retrocesso Social*

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>53</sup> pondera que, apesar do princípio em tela não estar explícito na carta constitucional de 1988, pode-se perceber a sua consagração em algumas passagens da carta, como a garantia constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias legislativas dos direitos fundamentais são para o citado autor decisão clara do constituinte em prol da vedação do retrocesso. Completa o seu pensamento afirmando que também é uma hipótese de proibição do retrocesso social:

(...) a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que

---

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, In\_\_ [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=54](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54)

integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte

Procura-se com o aludido princípio fazer com que os direitos alcançados pelos cidadãos não sejam alvo de posterior restrição. O que se combate aqui é a impossibilidade de restrição de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do cidadão. Coadunando com o entendimento deste trabalho, Canotilho<sup>54</sup>, analisando os direitos de segunda dimensão e o princípio da proibição do retrocesso, assenta que:

(...) os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas

---

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 468-469.

manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Fruto de um Estado social e democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 tem por objetivo a concretização de suas normas constitucionais. E essa efetivação não poderia ser alcançada se, quando conseguisse a concretização de algumas de suas normas, fossem posteriormente restringidas.

André Puccinelli Júnior<sup>55</sup> explica que esse princípio passou a ser ventilado nos tribunais brasileiros após as quatro dezenas de emendas que alteraram a constituição brasileira, em especial no campo da Previdência Social. Enquanto se esperava pela regulamentação das normas programáticas que a constituição elencou, o poder público preferiu alterar direitos já conseguidos pelos cidadãos. Decididos a refrear o ímpeto neoliberal, os tribunais superiores, após algumas hesitações, acabaram assimilando a proibição do retrocesso social para declarar a inconstitucionalidade de investidas voltadas a suprimir ou minimizar os novos direitos econômicos, sociais e culturais incorporados à Carta de 1988.

O aludido autor marca como ponto decisivo de virada de entendimento a decisão proferida pelo STF em 24 de abril de 1999, a qual concedeu medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Partido Socialista Brasileiro (ADIn 1.946 MC/DF – Distrito Federal). No processo, o Partido impugnou o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, o qual havia limitado os benefícios previdenciários devidos aos segurados do regime geral ao

---

<sup>55</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 75.

importe máximo de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), alcançando, por via reflexiva, o pagamento da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, CF. Analisando o caso, o STF considerou que “à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-lo insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”.

Desta forma, o STF impediu um retrocesso social por alteração da própria carta magna, o que demonstra que nem mesmo as normas constitucionais podem restringir um direito do cidadão sem ao menos ampliar outro.

Outro exemplo semelhante traz Ingo Wolfgang Sarlet<sup>56</sup> ao analisar o Tribunal português, no qual o Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão nº 39 de 1984:

“(...) declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde. Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, In\_\_ [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=54](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54)

(art. 64/2 da CRP), posição esta que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei - das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária.

Convém assinalar que o princípio em debate está intimamente relacionado ao da máxima efetividade das normas constitucionais. Seria uma incongruência a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais juntamente com a hipótese de retrocesso social<sup>57</sup>. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>58</sup> ressalta que a

---

<sup>57</sup> Exemplificando as hipóteses de proibição do retrocesso social na Carta Magna de 88, leciona Ingo Wolfgang Sarlet: “Sem que se pretenda aqui esgotar nem aprofundar isoladamente todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso, como já sinalizado, decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;

e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa

indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo. Dada a importância do tema, estudar-se-á o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais no ponto a seguir.

*c) Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais. O art. 5º, § 1º da CF/88.*

Característica peculiar na Constituição de 1988, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, com fundamento legal no art. 5º, § 1º da CF/88, tem o objetivo de conferir maior efetividade às normas constitucionais, servindo de guia para os legisladores no momento de criação ou alteração das novas normas e de parâmetro para a busca da efetividade de direitos.

---

medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior. Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, In\_ [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=54](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54)).

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, In\_ [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=54](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54)

Verbera o referido dispositivo que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Embora localizado topograficamente no título dos direitos e garantias fundamentais, esse princípio alcança todas as normas de direitos fundamentais, mesmo que não estejam dentro deste título<sup>59</sup>. Percebe-se, com isso, que o “(...) o constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais (...)”<sup>60</sup>

Pretendeu o constituinte que os direitos e garantias fundamentais tivessem conferidas a sua aplicabilidade deste o momento da sua promulgação, não necessitando de nenhuma regulamentação posterior, seja ela legislativa ou executiva, para que começasse a produzir efeitos, “sujeitando os Poderes Públicos ao dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”<sup>61</sup>.

Já que os Poderes Públicos são um dos destinatários das normas que consagram os direitos fundamentais, cabe identificar em que medida o legislador e os órgãos jurisdicionais podem realizar tal princípio. Neste sentido, pondera Flávia Piovesan<sup>62</sup> que compete ao legislador no que tange aos direitos fundamentais:

- a) proceder em tempo razoável útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior: “Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário).” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 271).

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 262.

<sup>61</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 79.

<sup>62</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. p. 107-108.

inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa de lei; c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas.

Por seu turno, assenta a autora que compete aos órgãos jurisdicionais:

a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

Destaque-se a referência que Dirley da Cunha Júnior<sup>63</sup> faz ao ensinamento de Canotilho e Vital Moreira, os quais afirmam que a aplicação direta dos direitos fundamentais não significa apenas que os direitos fundamentais se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

Busca-se, portanto, fazer com que os direitos fundamentais sejam efetivamente aplicados. Desta forma, figura injustificável a existência de normas de eficácia limitada (que precisam de posterior regulamentação) quando da existência deste dispositivo, afinal, elas já se materializam como *efetivas* desde a sua promulgação. Ou seja, “a questão não está mais em discutir se há ou

---

<sup>63</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 273.

não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposto, mas sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata”<sup>64</sup>. Esta, então, comparar a aplicabilidade das normas constitucionais com o princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais.

#### **4. A TEORIA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS**

Tema de recorrente estudo pelos doutrinadores atuais, o aprofundamento quanto a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais teve início com o trabalho desenvolvido por José Afonso da Silva.

Para o renomado autor<sup>65</sup>, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, contudo, em diferentes graus, levando-o a classificar as normas constitucionais em: *a)* normas de eficácia plena; *b)* normas de eficácia contida; *c)* normas de eficácia limitada (sendo esta última subdividida em normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático).

José Afonso da Silva define as normas de eficácia plena como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações,

---

<sup>64</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 283.

<sup>65</sup> A classificação proposta por José Afonso da Silva partiu da classificação de Vezio Crisafulli. Este classificou as normas constitucionais em apenas dois tipos: as de eficácia plena e as de eficácia limitada. Ficou a cargo do eminente autor brasileiro a inserção de um terceiro grupo a essa classificação.

que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”<sup>66</sup> Da exposição do professor, percebe-se que não há a necessidade de posterior normatização por parte do legislador para que esse tipo de norma se torne efetiva. Conclui-se, portanto, que as normas de eficácia plena são aquelas que direta e imediatamente satisfaçam os direitos que prescreve, o que as tornam normas *auto-aplicáveis*. Nesse sentido, Flávia Piovesan<sup>67</sup> ressalta que tais normas não exigem a elaboração de novas normas legislativas porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Por seu turno, as normas de eficácia contida são aquelas em que o “legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”<sup>68</sup> Desta forma, as normas de eficácia contida também possuem aplicabilidade direta e imediata, porém, podem vir a sofrer restrições futuras por parte do legislador.

Já as normas de eficácia limitada são aquelas em que o legislador constituinte preferiu não disciplinar totalmente o direito, deixando a cargo do legislador ordinário o exaurimento do tema. Percebe-se, assim, que, diferentemente das normas anteriores, ela não tem aplicabilidade direta e imediata, haja vista a necessidade de posterior regulamentação pelo legislador. Desta forma, a aplicabilidade das normas limitadas acaba sendo do tipo direta e mediata, ficando sujeita a devida normatização.

---

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 101.

<sup>67</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. p. 67.

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 116.

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos: *a*) normas constitucionais de princípio institutivo (ou organizado); e *b*) normas constitucionais de princípio programático.

As primeiras, normas constitucionais de princípio institutivo ou organizado, como o próprio nome já diz, se destinam a criar organismos ou entidades. “São de eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude. Quer dizer, elas instituem órgãos ou entidades, que necessitam do legislador para lograrem funcionamento. São exemplos dessas normas: o art. 18, § 2º; (...) entre outros.”<sup>69</sup>

A fim de evitar dilações doutrinárias, José Afonso da Silva explica que o sentido do termo *princípio* da norma constitucional em destaque tem acepção própria de “começo”, “início”, dando apenas as coordenadas primárias para o começo do órgão ou entidade, mas “deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária, como dá exemplo o art. 33 da Constituição: ‘A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.’”<sup>70</sup>

O festejado autor ainda subclassifica as normas constitucionais de princípio institutivo em duas espécies, impositivas ou facultativas. Importante para o nosso estudo entender a dimensão desses institutos.

As normas impositivas são aquelas que determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação

---

<sup>69</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 162.

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 119.

integrativa. Ilustrativo o exemplo referente ao art. 88 da Constituição, o qual verbera que “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios”. Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a *possibilidade* de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo claro é o art. 125, § 3º: “A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual (...)”.<sup>71</sup>

Conclui-se, portanto, que nas normas impositivas há a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Nas normas facultativas, diversamente, há a faculdade do legislador, se considerar conveniente, de regular determinada matéria constitucional.

Por seu turno, as normas constitucionais programáticas fazem parte das constituições contemporâneas, haja vista serem elas os componentes sócio-ideológicos das constituições atuais. Sobre o seu surgimento e importância, elucida o professor Luís Roberto Barroso<sup>72</sup>:

Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo.

---

<sup>71</sup> Sobre o tema, v. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 126-127. Importante, também, sua consideração acerca da obrigatoriedade da regulamentação: “Algumas normas obrigatórias chegam, mesmo, a marcar data até a qual a lei reguladora deverá estar votada, como foi exemplo o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo, de 13 de maio de 1967, e é também o caso de várias disposições transitórias e finais da Constituição italiana.” (p. 128)

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. p. 118.

Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais; outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.

Modernamente, é de grande relevância jurídica, mas já sofreu muitas críticas por diversos autores, haja vista tais normas terem servido, anteriormente, apenas como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica.

Procura-se através delas o fim social do direito, é uma busca incessante para uma democracia substancial, de justiça social e de bem comum. “Apontando aos valores sociais e especialmente ao da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação.”<sup>73</sup>

Para Crisafulli, as normas programáticas são “aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades.”<sup>74</sup>

Nessa perspectiva, percebe-se que as normas programáticas<sup>75</sup> não regulam a matéria em si a que se referem, mas

---

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. p. 69.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 137-138.

<sup>75</sup> Salutar o entendimento de Jorge Miranda. Para ele, as normas programáticas “são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-

sim a atividade estatal para que se alcance a devida matéria. A norma programática fixa um programa para que a atividade estatal o realize.

Contudo, não se deve perder de alcance que, mesmo não havendo a normatização posterior, as normas programáticas possuem alguns efeitos diretos, imediatos e vinculantes. A fim de revelar tais efeitos, esclarece-nos Dirley da Cunha Júnior::

- a) estabelecem um *dever* para o legislador infraconstitucional;
- b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam;
- c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais;
- d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e do judiciário, e
- f) criam situações subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.<sup>76</sup>

Percebe-se, assim, que as normas programáticas não regulam uma conduta exigível, mas, indiretamente, invalidam determinados efeitos que lhes sejam antagônicos.

No mesmo sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet<sup>77</sup> que é característica das normas de eficácia limitada, além de obrigar o

---

valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 09)

<sup>76</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 163.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 366.

legislador a atuar no sentido de concretização do direito fundamental, impedi-lo de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade do direito fundamental.

Visto as principais características das normas constitucionais e suas espécies em relação a sua eficácia, falta-nos relacionar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais com o objeto deste ensaio, qual seja, o combate às omissões inconstitucionais.

O primeiro passo é saber quais tipos de normas constitucionais poderá dar ensejo às omissões inconstitucionais. Primeiramente, deve-se ter em mente que, se todas as normas na Constituição fossem de eficácia plena, não haveria nenhum tipo de omissão, muito menos de omissão inconstitucional. “Melhor dizendo, se todas as normas da Constituição tivessem aplicabilidade imediata e integral, não haveria espaço para a omissão legislativa inconstitucional.”<sup>78</sup>

Portanto, no estudo das omissões inconstitucionais fica de fora a análise das normas de eficácia plena e contida, sendo alvo principal desse estudo as chamadas normas de eficácia limitada.

Foi visto também que as normas constitucionais de eficácia limitada, de acordo com José Afonso da Silva, se subdividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Dentre as normas de princípio institutivo, foi dito que podem ser divididos nas categorias impositivas, nas quais o legislador é obrigado a regulamentar a ordem constitucional; ou facultativas, as

---

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. p. 78.

quais conferem ao legislador certo grau de discricionariedade quanto a regulamentação das normas em apreço.

Fica claro que, como as normas facultativas conferem apenas uma *faculdade* ao legislador de regular a normas, não configura omissão a sua não-normatização. Por outro lado, no momento em que o parlamentar não legisla sobre um comando que a Constituição o obrigou, surge a necessidade de um controle para que ele exerça a sua devida função.

Em relação às normas programáticas (vinculada ao princípio da legalidade, referente aos poderes públicos ou dirigidas à ordem econômica-social em geral), deve-se procurar o mesmo questionamento: em quais dessas espécies a omissão do legislador em disciplinar o comando proveniente da Constituição configura uma omissão inconstitucional.

De acordo com a professora Flávia Piovesan, “só há uma que se relaciona ao objeto do estudo proposto: as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Nesta hipótese, as normas programáticas dependem, necessariamente, de providências normativas ulteriores que venham a desenvolver a sua aplicabilidade.”<sup>79</sup>

Conclui-se, assim, que o objeto do estudo ora pleiteado centra-se nas normas constitucionais limitadas de princípio institutivo de caráter impositivo e nas normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. p. 79.

<sup>80</sup> Seguiu a mesma linha de raciocínio o professor Alexandre de Moraes ao explicar o tema referente à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: “As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição

Procura-se através da regulamentação das normas de eficácia limitada que a justiça seja realizada na esfera social, uma vez que até hoje o legislador brasileiro possui o vício de se distanciar da realidade social ao elaborar os projetos de lei. Em virtude disso, ansiosos pela realização dos direitos que tanto almejam, a sociedade procura cada vez mais o judiciário com o escopo de concretizá-los e superar a leniência legislativa.

A fim de que as normas de eficácia limitada sejam efetivamente realizadas, mister o auxílio do judiciário para suprir a omissão legislativa. Deve o juiz procurar, através dos princípios constitucionais citados – e através dos novos métodos hermenêuticos<sup>81</sup> – efetivar as normas constitucionais carentes de aplicabilidade real.

Em vista disso, cada vez mais se procura o judiciário através dos seus diversos instrumentos para suprir a mora legislativa: o mando de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Dirley da Cunha júnior (2009, p. 132) assenta que a Constituição Cidadã não figura mais como um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, pelo contrário, ela é um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Ela não é apenas uma “Constituição Social”, vai além, sendo “Dirigente”, “promissora” e “aberta para o futuro”.

---

investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 686)

<sup>81</sup> Nesse sentido, Habermas, Häberle e Müller.

Desta forma, é incoerente a existência de um Estado Democrático de Direito em que ainda existam normas que não são efetivamente realizadas em virtude da leniência de um dos seus órgãos. Para que ela seja realmente “aberta para o futuro”, mister que ela seja eficaz.

## 5. CONCLUSÕES

1 – A evolução do constitucionalismo está diretamente ligada à evolução dos direitos fundamentais. Afinal, só passa a existir *direitos fundamentais* quando eles passam a ser positivados.

2 – Contudo, a positivação inicial dos direitos fundamentais estava vinculada ao direito natural. Só era considerado direito fundamental o que fosse *fundamental* em todo tempo e espaço.

3 – A ascensão do Iluminismo e a centralização da razão como busca da verdade fez com que se extirpasse os valores das normas constitucionais. A tentativa de transformar o Direito numa ciência similar a uma ciência natural trouxe grandes problemas econômico-sociais.

4 – Surge, assim, o estudo da evolução dos direitos fundamentais, os quais se consubstanciam nas chamadas *dimensões*. Diretamente ligada à história humana, cada período histórico trará um tipo de dimensão diferente, possibilitando o amadurecimento e amplitude dos direitos fundamentais.

5 – A volta da carga axiológica às normas fundamentais foi a resposta encontrada à cientificização do Direito. Isso fez com que surgissem duas espécies de normas: as regras e os princípios.

6 – Com um grau de generalidade muito maior, os princípios passam a ser o grande impulsionador das transformações constitucionais. Através deles, é possível a busca da força normativa da constituição.

7 – Dentre os princípios fundamentais principais, encontra-se o princípio da supremacia constitucional – no qual a Constituição figura como o *documento* mais importante do ordenamento jurídico –; o princípio da máxima efetividade – no qual deve-se procurar sempre a real efetividade das normas constitucionais –; e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais – o qual defende que todas as normas de direitos e garantias fundamentais devem ter aplicabilidade imediata desde a sua promulgação.

8 – Desta forma, indiscutível a importância do estudo das normas de eficácia limitada (ao lado das de eficácia plena e de eficácia contida). Como são normas que necessitam de posterior normatização legislativa, pode ocorrer da regulamentação não advir, o que tornaria a norma inócua.

9 – De acordo com o entendimento deste trabalho, mister que os princípios *supra* citados sejam aplicados, fazendo com que a norma limitada seja interpretada de forma a realizar a força normativa da constituição, possibilitando que ela seja aplicada de forma efetiva. Os novos métodos hermenêuticos são de extrema relevância para a concretização das normas constitucionais.

10 – Ainda há a possibilidade de instrumentos judiciais para suprir a leniência legislativa, quais sejam: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

## 6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura Agra. Neoconstitucionalismo e a Superação do Positivismo. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 431-446.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-316.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145-164.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ECO, Humberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. Trad. Carlos

dos Santos Almeida. In: KONRAD, Hesse. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-72.

\_\_\_\_\_. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In: KONRAD, Hesse. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-146.

NOVELLINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em <[www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br)> Acessado em 30 nov. 2009.

SILVA. José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A Resposta Hermenêutica à Discricionariedade Positivista em Tempo Pós-Modernos. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Editora Método,

2008, p. 285-315.