

Enciclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda. Direito. In: *Enciclopédia Mirador*. São Paulo: Melhoramentos, 1999, v. 7, p. 3.381.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. *A independência e a autonomia funcional do procurador do Estado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 21 abr. 2004.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *A advocacia pública no Estado Democrático de Direito*. In: *O Estado do Paraná*. Curitiba, 27/jun./04. Caderno Direito e Justiça.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. 23 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública – algumas reflexões*. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 3 maio. 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SIQUEIRA, Marcelo Marques. *A função social do procurador do Estado*. *O Popular*. Goiânia: 29 jul. 2002.

O Sistema de Direitos Fundamentais na Estrutura Jurídico-Constitucional Brasileira

Rômulo Lago e Cruz*

1. Introdução

As normas que compõem os elementos limitativos¹ da Constituição são as que imprimem uma contenção ou restrição à atuação do Estado frente aos cidadãos, assegurando-lhes direitos qualificados pela própria origem, ou seja, impõem ao Texto Constitucional o reconhecimento de direitos subjetivos de cunho negativo (a não-violação da dignidade, por exemplo), mas, também, impõem condutas positivas, no sentido de proteger e promover a dignidade (e os direitos individuais daí decorrentes)².

Segundo Häberle, o poder do Estado está culturalmente determinado, pois *se fundamenta normativamente em el Estado constitucional que lo limita, y está al servicio de la libertad cultural*³, sendo que esta, não obstante seja vetor da construção de uma identidade social própria, comprometida com ideais pluralistas de inclusão e respeito à dignidade humana, está inserida num contexto neoliberal,

* Bacharel em Direito, aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão – Esmam e chefe de gabinete de Desembargador no TJMA.

que submete o Estado ao capital financeiro internacional, aflorando as desigualdades sociais, desrespeitando os direitos humanos fundamentais conquistados, permitindo que o mercado assuma posição de destaque e se torne o verdadeiro titular do Poder Público⁴.

A internacionalização das relações econômicas, valorizada pela crescente imposição de princípios da livre iniciativa globalizante, está por desvirtuar a própria concepção de Estado, entendido este como centro de poder consentido pela vontade geral do povo, a quem devem estar voltadas todas as iniciativas públicas, o que gera o aumento da pobreza e das desigualdades sociais, dificultando, mesmo, o avanço do processo civilizatório e o total implante da democracia em nosso País⁵.

Nessa perspectiva é que se irá discutir o modelo político-estrutural adotado pela ordem jurídica pós-88⁶ que se pretende instituir no Brasil, segundo o qual a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88).

A partir dessa fórmula, percebe-se claramente a intenção do constituinte, que era incluir o Brasil no grupo de países comprometidos com a preservação e o alargamento dos direitos humanos fundamentais para que um Estado soberano e democrático pudesse ser consolidado sob a égide de uma sociedade que possibilite a todos os seus cidadãos plenas oportunidades e condições para que se desenvolvam.

2. O sistema de direitos fundamentais na estrutura jurídico-constitucional brasileira

2.1 – Dignidade da pessoa humana e o sistema de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são representações de um sistema concreto de valores⁷ que resume os aspectos culturais de formação do Estado constitucional⁸. A ordem positiva terá validade apenas enquanto estiver em sintonia com este sistema, posto que o ordenamento jurídico não se autolegitima pelo fato de proceder do Estado e obedecer aos requisitos formais de produção das normas, ou pela sua neutralidade, mas, sim, em virtude de ser um instrumento de realização dos fins sociais descritos pelos valores⁹.

Os valores contêm objetivos pré-determinados os quais indicam aspirações ideais que devem informar todo o sistema normativo, porquanto transcendem o quadro jurídico-institucional e a ordem formal do Direito¹⁰, não obstante possam, também, ser inseridos dentro da Constituição, como uma autêntica norma jurídica

ca, quando, então, assumem a dimensão de uma verdadeira metanorma¹¹.

É o caso do valor dignidade da pessoa humana que, embora não tenha sido criação do constituinte de 1988¹², foi, por obra deste, pela primeira vez positivado em nosso ordenamento, sendo consignado dentre os princípios fundamentais que possuem a função precípua de conferir identidade e estrutura à Lei Fundamental¹³.

O enunciado constitucional que prevê essa metanorma (art. 1º, III, da CF/88)¹⁴ transparece, de maneira inequívoca, a intenção de outorgar aos princípios fundamentais o *status* de disposições embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive, e especialmente, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹⁵, sem que, com isso, se queira atribuir a essa categoria normativa uma posição superior em relação às demais normas da sistemática constitucional¹⁶.

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado¹⁷. A dignidade incide, pois, direta ou indiretamente nas funções desempenhadas pelos direitos fundamentais estabelecidos, e *en ese sentido, el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace, en su esencia, referencia todo derecho fundamental*¹⁸.

O princípio (e valor) fundamental da dignidade da pessoa humana, ao irradiar-se por sobre os direitos fundamentais, determina que estes o realizem, o concretizem, de maneira a impor a viabilização de condições mínimas de existência ao cidadão, destinatário último de todas as iniciativas públicas, e a edificação da democracia, o que enseja a construção de um espaço plural onde todos possam desenvolver suas potencialidades em harmonia e igualdade de participação.

Para além dessa atividade de valor-guia¹⁹, Robert Alexy²⁰, rechaçando a existência de um princípio absoluto, identifica a dignidade da pessoa humana por uma dupla dimensão, qual seja, no que se refere à condição de norma jurídica, assume tanto feição de regra quanto de princípio²¹.

Nessa perspectiva, ainda que tenha sido expressamente alçado à categoria de princípio fundamental, o valor dignidade humana, em virtude do imperativo hermenêutico de se lhe maximizar a eficácia, por vezes atua, segundo o jusfilósofo alemão, como verdadeira regra jurídica, sendo que somente será possível reconhecer se a norma em tela assume a condição de regra ou princípio quando submetida a um processo de ponderação²².

Assim, na medida em que colide com outros princípios, a norma desempe-

nha a dimensão principiológica, havendo, com elevada margem de certeza, inúmeras situações em que o princípio dignidade humana assume precedência em face dos demais princípios. Todavia, nas situações em que esta norma é relevante não se indaga de relação de precedência, porém, tão-somente, se é violada ou não, de maneira que absoluto não é o princípio, mas a regra que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante²³.

Fernando Ferreira dos Santos, distanciando-se do pensamento de Alexy, propõe ser a dignidade humana um princípio absoluto, porquanto entende que a pessoa é um *minimun* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar e, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa²⁴.

A essa controvérsia, acrescente-se que a dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, evidentemente, não poderá ser sacrificada, já que, em si mesma, insubstituível, impendendo, por outro lado, reconhecer que ainda que prevaleça sobre todos os demais princípios e regras do ordenamento, não há como afastar a necessária convivência harmônica entre o princípio da dignidade da pessoa e a igual dignidade de todos os seres humanos²⁵.

2.2 – Catálogo materialmente aberto dos direitos fundamentais

O espaço constitucional, como é cediço, somente se realiza no instante em que o texto da Constituição é posto em contato com as necessidades, anseios e demais influxos advindos da realidade, sendo que além de reproduzir esta realidade, ao enunciado ou formulação lingüística atribui-se função ativa de modificação e construção do real.

A Constituição, enquanto realidade, é acima de tudo uma situação de existência, uma unidade política, e a sua principal característica é o seu valor existencial. Não se pode limitar a realidade constitucional à sua expressão escrita que está apresentada em um texto. A realidade é muito maior do que a Constituição escrita. E exatamente por ser mais abrangente, que precisa de uma decisão político-jurídica que a faça superar uma realidade indesejável²⁶.

Como conseqüência direta desse fenômeno, surge a possibilidade de se promover uma espécie de mutação informal da compreensão do Texto Constitucional²⁷, pelo que, em virtude da necessidade de acompanhar a evolução pela qual passa a sociedade, se altera o sentido da norma sem, contudo, modificar-lhe o texto²⁸, o que, também, por via reflexa, permite a incorporação e a adequabilidade de novos direitos ao nosso sistema jurídico.

No que se refere aos direitos fundamentais²⁹, a norma contida no enunciado do art. 5º, § 2º, da CF/88³⁰ consagra, expressamente, o que a dogmática constitucional norte-americana entende por cláusula de direitos não-enumerados, segundo

a qual a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo³¹.

Para Hesse, os direitos fundamentais, apesar de comumente agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados. De outra parte, a existência de direitos fundamentais dispersos no Texto Constitucional, bem como o estreito entrelaçamento entre estes e o restante das normas constitucionais, estão a impedir a existência de um sistema autônomo, fechado, isento de lacunas³².

Da evidência dessa flexibilidade do catálogo que estabelece os direitos fundamentais dessegue-se que, além de um conceito formal, entendendo-se este como sendo a nota de positividade ou de referência textual e, também, a inserção do direito dentre os tidos por fundamentais, há um material, que se expressa na certeza de existirem direitos que, embora não possuam assento explícito nesse rol e, mesmo, em lugar algum da Constituição, seu conteúdo e substância os autorizam a reivindicar tal *status*.

Observe-se que, a partir da compreensão da existência da abertura material do catálogo, inúmeras dificuldades se insurgem à tentativa de identificação, seja no Texto Constitucional ou mesmo fora dele, dos direitos que efetivamente reúnem as condições para que possam ser considerados materialmente fundamentais³³.

Ao contrário da Constituição portuguesa (art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de Direito Internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos decorrentes do regime e dos princípios, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos com base nos direitos constantes do catálogo, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do catálogo (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados³⁴.

Maria Garcia, após descrever as contribuições de Canotilho e Lassalle, estabelece um critério para elucidação do problema. Por essa proposta, todos os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, *caput*, da Constituição (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), são, verdadeiramente, fundamentais. Outros direitos são apenas constitucionais, mas não fundamentais³⁵.

Por sua vez, Sarlet sustenta sua proposta classificatória na existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, notadamente os direitos expressamente

positivados (ou escritos) e os direitos fundamentais não-escritos.

No que concerne ao primeiro grupo, pode-se identificar duas outras categorias, quais sejam, as dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do Texto Constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados³⁶.

Já no que se refere ao segundo grupo, pode-se distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF/88 denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios³⁷.

A categoria dos direitos implícitos pode corresponder, além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo, a uma extensão do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese da redefinição do campo de incidência desse direito. Os direitos decorrentes do regime e dos princípios, a seu turno, não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, já que estes desfrutam de posições jurídicas subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição³⁸.

Outrossim, por certo que os direitos em sentido material, expressos ou não no Texto Constitucional, somente serão considerados autênticos direitos fundamentais se guardarem semelhanças com os expressamente consignados no catálogo, ou seja, se os seus conteúdos ou substâncias puderem ser equiparados aos dos direitos inseridos no catálogo³⁹.

De outro modo, a atividade identificadora de direitos fundamentais implícitos e, especialmente, os sediados em outras partes da Constituição, deve ser realizada de maneira que se observe sempre os parâmetros definidos pelo próprio sistema.

Se é certo que os direitos fundamentais ensejam elementos exteriorizantes de um sistema concreto de valores, o qual, além de lhes conferir legitimidade, impõe à Constituição diretrizes fixas e pré-definidas, objetivando a concretização de fins sociais da mais alta relevância para a consecução do Estado Democrático de Direito, é certo, também, que esses valores, quando positivados, assumem a dimensão de metanormas e, em razão disso, o que antes eram apenas mandados axiológicos (o que é bom; o melhor), passam a assumir formato de norma jurídica, situando-se, destarte, no nível deontológico (o que é devido; dever-ser)⁴⁰.

A interpretação valorativa funciona por meio da flexibilização da literalidade

de normativa para uma recriação que conduza lograr a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso. A fertilização dos valores imbricados nos princípios constitucionais permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo escrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa⁴¹.

Partindo-se daí, pode-se conferir razão a Cesar Landa, quando afirma que *La dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite delos mismos*⁴², de sorte que a violação a um direito fundamental estará sempre relacionada com uma ofensa à dignidade da pessoa, sendo que a essa metanorma é atribuída a força fundante⁴³ e informadora de todos os direitos materialmente constitucionais.

O princípio (ou metanorma) da dignidade da pessoa humana assume, portanto, função de astro, em cuja órbita gravitam as várias disposições satélites, dentre as quais as designativas dos demais direitos fundamentais componentes do espaço constitucional, sejam eles explícitos ou não.

Nesse sentido, sempre que se puder detectar que se está diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente, estar-se-á diante de uma norma de direito fundamental⁴⁴, sendo, então, possível reconhecê-lo em um enunciado quando se leva em consideração o contexto a que este se insere⁴⁵.

Logo, é a metanorma dignidade da pessoa humana que estabelece os parâmetros materiais para a identificação dos direitos fundamentais implícitos e sediados em outra parte da Constituição, porquanto é dela que se tem extraído direitos subjetivos e fundamentais com vistas à sua concretização.

3. Direitos fundamentais enquanto direitos de defesa e de prestação

A organização estrutural dos direitos fundamentais proposta por Alexy leva em consideração as funções que desempenham no sistema jurídico, podendo dar origem tanto a direitos a ações negativas ou de defesa, quanto a direitos a ações positivas ou de prestação⁴⁶.

Por essa concepção, os direitos a ações negativas ou de defesa visam resguardar as liberdades individuais e coibir as ingerências do Estado, atuando, verdadeiramente, como imposições de limites ao Poder Público, sendo que, por outro lado, outorgam ao indivíduo um direito subjetivo⁴⁷ que lhe permite eliminar quaisquer violências perpetradas contra sua esfera de autonomia pessoal.

Esses direitos, portanto, dirigem-se a um dever de abstenção por parte dos poderes estatais, consubstanciando-se, para estes, numa obrigação de respeito aos interesses individuais, o que resulta em um direito à omissão do Estado ou à

intervenção reduzida, é dizer, somente em determinadas hipóteses e sobre certas condições⁴⁸, na esfera de liberdade individual.

Existem duas situações básicas em que os direitos fundamentais funcionam como defesa do cidadão em face das atividades desempenhadas pelos órgãos do Estado, quais sejam, direito ao não-impedimento de ações e direito à não-eliminação de posições jurídicas⁴⁹.

Com relação à primeira situação, significa dizer que os direitos fundamentais funcionam no sentido de garantir que o Estado não impeça ou não interponha obstáculos à realização de determinado ato legítimo pelo cidadão. Trata-se do postulado da não-intervenção estatal em situações subjetivas.

No sistema jurídico brasileiro, esta função encontra respaldo, principalmente, no princípio da autonomia individual, expresso no art. 5º, II, da CF/88, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A esse grupo, assevera Alexy, *pertenecen sólo los derechos a que el Estado no estorbe las acciones del titular del derecho, cualquiera que sea su tipo, es decir, no las impida u obstaculice por actos, cualquiera que sea su tipo*⁵⁰.

Pode-se identificar, nesse grupo, sem maiores dificuldades, os direitos fundamentais de primeira dimensão⁵¹ advindos do liberalismo clássico, os quais fazem alusão, especialmente, às liberdades negativas, ou seja, liberdades de pensamento, locomoção, crença, contrato⁵². Todos esses direitos, efetivamente, demarcam uma zona de impossibilidade de o Estado impor empecilhos ao desenvolvimento e realização das atividades hauridas do âmbito da autonomia individual.

Por sua vez, o direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito decorre, mesmo, do imperativo de segurança e certeza jurídica.

O propósito de se garantir a existência e a efetividade de um direito do qual se tornou titular o cidadão por meio de idôneos procedimentos públicos aquisitivos, o autorizam a exigir do Estado, além do respeito, a aplicação de métodos para a realização e o cumprimento desse direito, de maneira que uma vez adquirido, o direito incorpora-se à esfera de domínio de seu titular e ao Estado é vedado extingui-lo unilateralmente.

Daí advêm as regras constitucionais que estabelecem garantias individuais de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Todas essas garantias são intangíveis⁵³ e impedem a violação de seus conteúdos específicos.

Adquirido o direito, realizado o negócio jurídico em conformidade com os

pressupostos formais, ou transitada em julgado a decisão, não mais se inquirirá acerca da vigência da lei que constituiu o direito, restando ao ordenamento jurídico como um todo, mesmo que seja posterior, o dever de, não apenas respeitá-lo, mas, também, de resguardá-lo contra ofensas perpetradas por terceiros.

Para Alexy a existência de *una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas*⁵⁴.

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenções indevidas do Estado e contra medidas legais restritivas de direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício desses direitos⁵⁵, sendo necessária a participação ativa do Estado enquanto ente de transformação e modificação da realidade.

Por essa perspectiva, surge o dever do Estado de por à disposição da sociedade os meios materiais e realizar a implementação de condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades. Assim, os direitos fundamentais a ações positivas ou a prestações, que podem ser de ordem fática ou normativa⁵⁶, objetivam a garantia não apenas do binômio liberdade e autonomia do cidadão perante o Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado⁵⁷.

Para Alexy, quando se fala de direitos a prestações está-se fazendo menção a ações positivas fáticas. Este tipo de direitos que se referem a contribuições fáticas as quais, em princípio, também, podem ser proporcionadas a um sujeito específico, fundamentando suas pretensões individuais, são chamadas de *direitos a prestações em sentido estrito*⁵⁸.

Esses direitos identificam-se claramente com direitos fundamentais sociais de natureza prestacional⁵⁹ que visam assegurar, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, não apenas formal⁶⁰, que pressupõem uma postura concreta do Estado, no intuito de compensar as desigualdades sociais.

Outra peculiaridade dessas pretensões é que elas estão voltadas para o futuro e, em virtude disso, impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos, como é o caso do direito ao trabalho (art. 6º da CF) que exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (art. 6º c/c art. 205, da CF), o direito à assistência social (art. 6º c/c art. 203, da CF) e à previdência social (art. 6º c/c art. 201, da CF) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica⁶¹.

Por outro lado, no que alude ao direito a ações positivas ou prestações de ordem normativa⁶², este impõe ao Estado o dever de materializar os direitos fundamentais, é dizer, a obrigação de determinar os contornos ou procedimentos pelos

quais os direitos fundamentais podem ser adquiridos, se for o caso, e como se dará sua fruição.

Verifica-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais, porquanto a concretização desses direitos exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, podendo eventual inércia do legislador configurar afronta a um dever constitucional de legislar⁶³.

A Constituição de 1988 indica os meios para que os direitos constitucionalmente reconhecidos sejam usufruídos quando necessitarem ser usufruídos e não quando as autoridades entendam devam ser usufruídos; quando entendam que possuem recursos para empregar nos programas sociais previstos pela Constituição⁶⁴.

A implementação imediata desses programas faz parte da sociedade que a norma constitucional deseja construir, sendo que se as iniciativas voltadas para a execução desses programas não forem viabilizadas desde o primeiro dia de vigência da Constituição, esta estará sendo descumprida e as autoridades, perdendo a legitimidade para o exercício do poder⁶⁵.

Em razão disso é que se justifica a inserção, em nosso sistema, das disposições constitucionais instituidoras do mandado de injunção, para assegurar direitos e liberdades constitucionais, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o seu exercício (art. 5º, LXXI, da CF), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) que se destina a tornar efetiva norma constitucional.

Outrossim, constatada a existência de características que distinguem os direitos de defesa dos de cunho prestacional, cumpre alertar que não há como se afirmar a prevalência de um sobre o outro ou de uma dicotomia ou dualismo absoluto, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que assumem caráter nitidamente complementar, e não excludente, na ordem instituída por nosso Direito Constitucional positivo⁶⁶.

Valendo-se aqui da lição de Celso Lafer, pode-se dizer que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégios para todos⁶⁷.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que efetivamente viabilizem o desenvolvimento de todas as potencialidades dos indivíduos.

O modelo de Estado social contemporâneo que se quer instituir no Brasil almeja alcançar a harmonia entre as idéias liberais de uma economia livre e a igualdade de oportunidades e a distribuição de riquezas, tendo como pontos básicos a industrialização, a tecnologia, a comunicação e a racionalidade na gestão dos serviços públicos. O Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo⁶⁸.

4. Conclusão

A ordem positiva apenas adquire legitimidade quando se torna um instrumento de realização dos fins sociais descritos pelos valores, os quais, não obstante transcendam o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito, podem, também, ser inseridos na Constituição como uma autêntica norma jurídica, assumindo, então, posição de verdadeira metanorma.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é um exemplo, posto que, conquanto assuma função de valor-guia de todo o sistema jurídico, é, ainda, uma norma jurídica, e como tal, dotada de eficácia e vinculação *erga omnes*.

Nossa Constituição estabelece um sistema complexo de direitos fundamentais que consagra, inclusive, a cláusula de direitos não-enumerados, descrita no art. 5º, § 2º, da CF/88, a qual reconhece a existência de direitos implícitos e inscritos fora do rol que a Constituição expressamente reserva aos direitos fundamentais (art. 5º da CF/88).

Em razão disso, a identificação desses direitos deve ser realizada de maneira a se observar as diretrizes definidas pelo próprio sistema. Ora, se à metanorma dignidade da pessoa humana é atribuída a capacidade de originar e informar o conteúdo de todos os direitos materialmente constitucionais, também é ela que estabelece os parâmetros materiais para a identificação dos direitos fundamentais implícitos e sediados em outra parte da Constituição, porquanto é dela que se tem extraído direitos subjetivos e fundamentais com vistas à sua concretização.

Desse modo, sempre que se estiver diante de uma posição jurídica, cujo fundamento esteja diretamente relacionado à dignidade humana, inequivocamente, estar-se-á diante de uma norma de direito fundamental, sendo, então, possível reconhecê-lo em qualquer formulação normativa com essa característica.

Por outro lado, a organização estrutural dos direitos fundamentais proposta por Alexy, leva em consideração as funções que desempenham no sistema jurídico, podendo dar origem tanto a direitos a ações negativas ou de defesa, quanto a direitos a ações positivas ou de prestação.

Ambas as categorias de direitos fundamentais, não obstante a aparente dicotomia ou antagonismo instaurada entre elas, possuem fulcro na concepção de que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que efetivamente viabilizem o desenvolvimento de todas as potencialidades dos indivíduos.

Notas

¹ Segundo a classificação das normas constitucionais proposta por Meirelles Teixeira, tão bem difundida por José Afonso da Silva, cinco categorias de elementos encontram-se presentes nas constituições contemporâneas: orgânicos, limitativos, sócio-ideológicos, de estabilização e formais de aplicabilidade.

² Os elementos limitativos acham-se inscritos, especialmente, no Título II, Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), Capítulo II (Dos direitos sociais), Capítulo III (Dos direitos de nacionalidade), Capítulo IV (Dos direitos políticos), e Capítulo V (Dos partidos políticos) da CF/88, todavia, adverte-se, não se encerram aí.

³ Cf. HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (Biblioteca Jurídica Virtual), n. 2, enero/junio 2000, em 21/08/03, p. 3.

⁴ Nesse sentido, SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. O Direito do Trabalho e o Estado. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 318-320.

⁵ Também, nesse sentido, SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. O Direito do Trabalho e o Estado. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*, p. 322/324; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*. Florianópolis: Letras Contemporâneas (Obra Jurídica), 2002, p. 44/45. Esses objetivos e metas são estabelecidos para serem realizados ao longo dos anos. Ao discorrer a respeito da democracia, Botombele, assevera que esta “não é um dom livre. Ela pressupõe um duradouro esforço por muitas gerações. Esse é o ponto de partida, não a linha de chegada, do progresso que irá assegurar a todos um futuro melhor (*Democracy is not a free gift. It presupposes a lasting struggle for many generations. It is the starting point, not the finishing line, of a development that will ensure everyone a better future*)” (BOTOMBELE, Charles B. E. Democracy for all: a universal desire or a threat to the survival and development of a mankind? In: *Law and State* (A biannual collection of recent german contributions to these fields). Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 49/50, 1994, p. 10).

⁶ Para Barbosa Ramos “o período de início da vigência da Constituição de 1988 coincidiu com a inserção do Brasil dentro do processo de globalização da economia, cuja grande exigência é que os Estados sejam os mais enxutos possíveis, que o Estado de bem-estar social seja desmontado e que os direitos das classes trabalhadoras sejam reduzidos ao mínimo necessário, ou até menos que isso” (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 79).

⁷ Quase todos os valores predominantes na sociedade brasileira estão positivados e congregados nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais (explícitos ou implícitos), por isso não é necessário invocar direito *suprapositivo*, pois a carga ética já está nos princípios constitucionais que excedem o conceito positivista do Direito na medida em que elevam obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral (KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 82).

⁸ Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, p. 2 e ss.

⁹ Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 57/58.

¹⁰ Preliminarmente, deve-se proceder à distinção entre valores e princípios. Ao tratar da matéria, Robert Alexy, não obstante reconheça a imbricação que se dispõem valores e princípios, inclusive, por afirmar a sua similitude estrutural, sustenta a existência de uma distinção entre ambas as categorias, designadamente pelo fato de que os valores possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto os princípios situam-se no nível deontológico (do dever ser). Importante, outrossim, é jamais olvidar a presença constante dos valores no sistema normativo, seja nos princípios, seja nas regras. (Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Original alemão, p. 138 e ss). Esta distinção é necessária a este estudo, porquanto contraria o entendimento segundo o qual princípios e valores são sinônimos.

¹¹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002, p. 240/242. Dessume-se da narrativa desse autor, que metanorma é uma diretriz ideal que ordena a realização de um fim social previamente estabelecido. Este conceito assemelha-se ao estabelecido por Alexy para explicar o que se deve entender por princípio. Diz ele que princípios “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización (...)*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86).

¹² A Constituição apenas reconhece expressamente a existência da norma dignidade humana, a qual, por ser inerente à própria concepção de pessoa, compõe uma espécie de patrimônio da humanidade e sempre deve ser respeitada, ainda que em determinado Estado não haja disposição constitucional explícita. Para Barbosa Ramos, patrimônio cultural comum da humanidade é o cultivo, o respeito e a deferência aos direitos humanos, de maneira que qualquer atentado contra qualquer um deles provoca um imediato sentimento de indignação entre os homens, por representar um retrocesso à barbárie. Assim, se uma determinada sociedade mais avançada adquire um novo direito, este se incorpora imediatamente ao patrimônio comum da humanidade, sendo que despicienda será a submissão de outras civilizações a sacrifícios idênticos ou piores para a conquista dos direitos já reconhecidos pelos primeiros (Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, p. 132, nota 95).

¹³ A respeito das funções desempenhadas pelos princípios fundamentais, ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 183 e ss.

¹⁴ Registre-se que a dignidade da pessoa humana pode, ainda, ser encontrada expressamente em outras passagens da Constituição, como no art. 170 (a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna); art. 226, § 7º (o planejamento familiar é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana); art. 227 (É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente dignidade).

¹⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.

¹⁶ Regras, princípios e valores, não obstante estabeleçam relações de interdependência entre si, não são passíveis de ser estruturados hierarquicamente. É dizer, todos se encontram no mesmo nível normativo, sendo que apenas entre os valores é que existe hierarquia, nunca em relação às normas (Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 243).

¹⁷ MIRANDA, Jorge *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 81.

¹⁸ LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (Biblioteca Jurídica Virtual), 7, jul/diciembre 2002, em 21/08/03, p. 12.

¹⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 74.

²⁰ Diz Alexy que “*si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 106).

²¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 106.

²² Cf. Id, *ibid*, p. 106/107.

²³ Id, *ibid*, p. 108.

²⁴ CF. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 94.

²⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 79. Esse autor, na esteira do que leciona Alexy, entende que a dignidade, inevitavelmente, estará sujeita a sofrer relativização em sendo contraposta à igual dignidade de terceiros, porque mesmo que se tenha a dignidade como valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais (Cf. Id, *ibid*, p. 129/132).

²⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. *In: o mesmo (Org.). Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*, p. 252.

²⁷ Celso Bastos anota que “surge a possibilidade da chamada atualização das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica (...)” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 111).

²⁸ Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.212/1.213.

²⁹ Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de direito democrático (MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro*. *In: Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 36).

³⁰ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³¹ Cf. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da* Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 16, n. 12, dez. 2004

América. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 360.

³² Cf. HESSE, Konrad *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76.

³³ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 86/87. Esse autor realiza um denso estudo sobre a temática, inclusive, com a preocupação de fornecer exemplos, o que confere um imenso valor a sua obra, principalmente porque a abertura material do catálogo de direitos fundamentais vem ensejando inúmeras digressões em nossas letras jurídicas.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 90.

³⁵ Cf. GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 10, 39, p. 115/123, abr./jun. 2002.

³⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 92.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 92.

³⁸ Cf. Id, *ibid*, p. 94.

³⁹ Trata-se do princípio hermenêutico da equivalência ou regra dos direitos análogos (Cf. Id, *ibid*, p. 94/97).

⁴⁰ A respeito da distinção entre princípio e valor, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 147.

⁴¹ Cf. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 82/83.

⁴² LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, p. 11.

⁴³ Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 97/99.

⁴⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 103.

⁴⁵ Por contexto, deve-se compreender tanto os enunciados que se encontram em conexão com este enunciado, como seu uso, é dizer, as circunstâncias e as regras de sua utilização (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 53).

⁴⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 186 e ss.

⁴⁷ Como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de Direito suprapositivos (v.g., princípio da igualdade) e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 232/233).

⁴⁸ A função defensiva dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 171).

⁴⁹ Alexy identifica, ainda, uma outra categoria de direito à ação negativa ou direito de defesa além dessas duas, que é o direito à não-afetação de propriedades e situações. Todavia, esse grupo em muito se assemelha ao primeiro, que é o direito ao não-impedimento de ação, de maneira que este engloba, invariavelmente, aquele (Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 191/192).

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 191.

⁵¹ No que se refere à perspectiva histórica, a doutrina em geral vem empregando a expressão *gerações* de direitos fundamentais, muito embora possa esta expressão ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, razão pela qual opta-se, nessa monografia, pelo termo *dimensões* dos direitos fundamentais (Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 49).

⁵² Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, p. 40.

⁵³ Pelo menos em regra são intangíveis, porém, é cediço que a coisa julgada, enquanto limite material ao direito de ação, pode ser objeto de rescisória, ou mesmo o ato jurídico perfeito, quando, por meio da cláusula implícita *rebus sic stantibus*, quando fato superveniente imprevisível e inesperado onere, de maneira a impossibilitar a prestação da obrigação por um dos contratantes, se possa alterar o contrato.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 194.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 44.

⁵⁶ Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 194 e ss.

⁵⁷ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 189.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 195.

⁵⁹ São basicamente os direitos fundamentais de segunda dimensão, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.

⁶⁰ Já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, carecendo de políticas públicas que lhe implementem (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 202).

⁶¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 47.

⁶² Alexy esclarece que *los derechos a acciones positivas normativas son derechos a actos estatales de imposición de norma* (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 195).

⁶³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 44/45.

⁶⁴ Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, p. 74/75.

⁶⁵ Cf. Id, *ibid*, p. 75.

⁶⁶ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 203/204.

⁶⁷ LAFER, Celso *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 204.

⁶⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 44.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Original alemão.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. In: o mesmo (Org.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Tribunal Regional Federal da 1^a Região – Seção Judiciária do Maranhão, 2001.

BOTOMBELE, Charles B. E. Democracy for all: a universal desire or a threat to the survival and development of a mankind? In: *Law and State* (A biannual collection of recent german contributions to these fields). Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 49/50, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2^a ed. São Paulo: RT, 2002.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 10, 39, p. 115/123, abr./jun. 2002.

HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (Biblioteca Jurídica Virtual), 2, enero/junio 2000, em 21/08/03.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LANDA, César. Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (Biblioteca Jurídica Virtual), 7, jul/diciembre 2002, em 21/08/03.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*. Florianópolis: Letras Contemporâneas (Obra Jurídica), 2002.

_____. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Hélio Antonio Bittencourt. O Direito do Trabalho e o Estado. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Tribunal Regional Federal da 1^a Região – Seção Judiciária do Maranhão, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

O Superior Tribunal de Justiça e a Guarda do Direito Federal Infraconstitucional: o Recurso Especial**

Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves*

1. Introdução

O presente trabalho versa sobre o recurso especial, instrumento apto a submeter o Direito federal infraconstitucional ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem a sua guarda como missão precípua, conforme atribuição da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, é abordada a questão da origem e competência do Superior Tribunal de Justiça, quando foi definida a sua competência para, mediante recurso especial, julgar as causas que tratam de legislação federal infraconstitucional.

Em seguida, passa-se a um breve estudo da teoria geral dos recursos, na qual são analisados os princípios gerais e os pressupostos recursais.

Por fim, o recurso especial é analisado definindo-se suas hipóteses de cabimento e seus pressupostos.

2. O Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição da República de 1988.

A Carta Política de 1967 previa, em seu art. 114, inciso III (alterado pelo Ato Institucional 6, de 1º de fevereiro de 1969), a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso extraordinário: 1) as causas que fossem decididas contrariamente à Constituição ou a texto legal; 2) as causas nas quais se questionava a validade de lei federal em face da Constituição ou negativa de vigência à

N.E.: * Bacharela em Direito pelo UniCeub, com pós-graduação pela Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal e Territórios e pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e advogada em Brasília.

** Este artigo é publicação, com algumas modificações, de monografia de final de curso de graduação apresentada na Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub, sob a orientação do Professor Luís Wanderley Gazoto.