

OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobre a insuficiência do reconhecimento e da previsão legal e a necessidade de mais efetividade.

Paulo Cesar Santos Bezerra*

BEZERRA, P. C. S. Os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. Vol. 9, n. 1, p. 7-26, 2006.

RESUMO: O presente texto trata da necessidade de se criarem mecanismos de proteção e efetivação dos direitos humanos e fundamentais. O reconhecimento de alguns dos chamados direitos naturais como direitos fundamentais e a sua previsão em documentos jurídicos como as Declarações Universais dos Direitos do Homem e do Cidadão, americana e francesa, em Tratados, Pactos e Convenções Internacionais, foi um grandioso passo no sentido de se estabelecer que esses mesmos direitos são inalienáveis e inerentes a todo ser humano como tal. Esse reconhecimento influenciou um novo constitucionalismo surgido nos séculos XIX e XX, quando as constituições democráticas fizeram constar em seus textos, seções destinadas à previsão legal dos direitos fundamentais, havendo mesmo uma tradição constitucional democrática dessas Cartas de Direitos Fundamentais.

O reconhecimento e a previsão legal de tais direitos, contudo, não estão a satisfazer e não conseguiram evitar as grandes desigualdades sociais que se abateram sobre os povos em toda parte, mormente num contexto de globalização excludente como o que se processa no mundo, que reclama pela viabilização de mecanismos efetivos de proteção e de concretização desses direitos, tanto pelas vias judiciais, quanto pelas vias extrajudiciais conhecidas como *Formas Alternativas de Solução de Conflitos* (ADRs).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; insuficiência do reconhecimento e previsão legal; mecanismos de proteção efetiva.

*Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Santa Cruz-UESC, Ilhéus-Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Alagoas- UFAL e Psicologia Social pela UESC. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco -UFP e Pós- Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. pabeze@uesc.br

1. Introdução

O reconhecimento de alguns dos chamados direitos naturais como direitos fundamentais e a sua previsão em documentos jurídicos como as Declarações Universais dos Direitos do Homem e do Cidadão, americana e francesa, em Tratados, Pactos e Convenções Internacionais, foi um grandioso passo no sentido de se estabelecer que esses mesmos direitos são inalienáveis e inerentes a todo ser humano como tal.

Esse reconhecimento influenciou um novo constitucionalismo surgido nos séculos XIX e XX, quando as constituições democráticas fizeram constar em seus textos, seções destinadas à previsão legal dos direitos fundamentais, havendo mesmo uma tradição constitucional democrática dessas Cartas de Direitos Fundamentais.

O reconhecimento e a previsão legal de tais direitos, contudo, não estão a satisfazer e não conseguiram evitar as grandes desigualdades sociais que se abateram sobre os povos em toda parte, mormente num contexto de globalização excludente como o que se processa no mundo, que reclama pela viabilização de mecanismos efetivos de proteção e de concretização desses direitos, tanto pelas vias judiciais, quanto pelas vias extrajudiciais conhecidas como *Formas Alternativas de Solução de Conflitos* (ADRs).

Refletir sobre essa insuficiência do reconhecimento e da previsão legal de políticas de direitos fundamentais e sobre os mecanismos de proteção e efetivação desses direitos, é o objetivo deste texto.

2. O reconhecimento e a previsão legal dos Direitos Fundamentais

O reconhecimento dos direitos do homem nas Declarações Universais fixa dois momentos cruciais na história desses direitos: primeiro, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no bojo da Revolução Francesa; depois, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948.

Essas Declarações, que eram simples ideais, sem força coativa, aos poucos foram incorporadas pelo movimento do constitucionalismo contemporâneo, marcadamente nos séculos XIX e XX, de tal modo que essa previsão constitucional dos direitos fundamentais já faz parte de uma *tradição constitucional*. Habitamo-nos a pensar na cultura constitucional, que “não há Constituição sem direitos fundamentais, e, mesmo uma Constituição que não tem uma lista formal de direitos, como a francesa, tem por base o mais antigo catálogo de direitos fundamentais europeu” (MOREIRA, 3004, 20-32), que é a Declaração de 1789.

Esse processo de reconhecimento e afirmação dos chamados direitos humanos e fundamentais constitui uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental (WOLKMER, 2004: 3).

Tem-se mesmo que Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais andam (ou deveriam andar) em simbiose necessária e inafastável, havendo mesmo quem afirme que a melhor forma de estudar os direitos fundamentais é relacioná-los com a história do Estado Democrático de Direito, e que os verdadeiros princípios desse tipo de Estado são: a) *constitucionalidade* ou vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) *organização democrática da sociedade*; c) *sistemas de direitos fundamentais individuais e coletivos*, porque esses direitos asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos num Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; d) *justiça social* como mecanismo corretivo de desigualdades; e) *igualdade* não apenas como possibilidade formal mas, também como articulação de uma sociedade justa; f) *divisão de Poderes ou de Funções*; g) *legalidade* que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; d) *segurança e certeza jurídica* (BOLZAN DE MORAIS, 2004:24).

Em termos de reconhecimento dos direitos fundamentais, há sempre duas recorrentes tendências: a) de atribuir a iniciativa desse reconhecimento (por causa das duas Declarações que fizeram promulgar), à França e aos Estados Unidos; e b) a de fundamentar os direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana. A França, até que se pode reconhecer o brilho da iniciativa desse reconhecimento, na sua Declaração de 1789, mas aos Estados Unidos, a deferência única como *pais* da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é, em grande parte, injustificada.

De fato, em grande parte, o reconhecimento de alguns dos principais direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, deve-se à experiência e à pressão de países latino-americanos, que já vinham lutando por esses direitos.

Com o passar do tempo, depois de falecidos todos os atores principais, tem-se esquecido e lançado na obscuridade, fatos históricos relevantes a esse respeito (GLEDON, 2004:103-123). A referida Declaração é considerada pouco mais que um compêndio de liberdades políticas e civis do mundo ocidental. Os artigos que fazem referência à família, à justiça social e econômica, à igualdade entre homens e mulheres e a proteção dos trabalhadores, são ignorados com frequência pelas obras doutrinárias que a analisam. Mas são precisamente esses

artigos, baseados em grande medida nos modelos latino-americanos precedentes, que tiveram um papel chave na aceitação universal da Declaração pelas mais diversas culturas.

Em 1945, quando os delegados de cinquenta países se reuniram em São Francisco para fazerem os últimos retoques ao documento de criação da ONU, os representantes dos países latino-americanos e do Caribe já chegaram com a proposta de inclusão de um catálogo de direitos internacionais. Mas só depois que Churchill, Roosevelt e Stalin acordaram sobre os pontos reputados mais importantes é que convocaram uma reunião à qual os demais aliados poderiam assistir e expor suas propostas. Não sem a resistência dos outros dois, Churchill ponderou que “a águia deve permitir que os pássaros pequenos cantem, não importa de onde cantem”.

E o papel dos representantes latino-americanos, em parte pelas experiências vividas em seus países, e, em parte pela postura da Igreja Católica a partir das encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, foi de especial destaque e importância, principalmente a participação de Guy Pérez Cisneros, representante de Cuba pré-castrista, de Nieto del Rio, logo substituído por Hernán Santa Cruz, do Chile, de Minervina Bernardino, da República Dominicana, e Ricardo Álvaro, do Panamá, que, participando dos diversos comitês, pressionaram para que esses direitos fossem incluídos na Declaração de 1948. Contudo, já haviam produzido, anteriormente, a Declaração de Bogotá e fizeram (os vinte países latino-americanos, inclusive o Brasil) com que se inserisse na Declaração, a igualdade em dignidade (art.1º), a proteção contra atos que discriminem (art 7º), o recurso a uma jurisdição competente (art. 8º), o direito ao Trabalho e à renda para si e para a família (art. 23º), além do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres constante no preâmbulo.

Quando a Carta foi promulgada, em 1948, sem nenhum voto contra, (apenas com a abstenção de voto do bloco soviético, da Arábia Saudita e da África do Sul) no discurso de apresentação, Charles Malik fez menção à importância dos representantes latino-americanos pela contribuição para que a Declaração tivesse aceitação em diversas culturas, podendo ser chamada de Universal.

Essa contribuição latino-americana não deixou, contudo, de encontrar dificuldades, desde a frieza por parte da América do Norte até a aberta hostilidade da União Soviética, dificuldades só vencidas após os acontecimentos de Maio de 1945 (término da segunda grande guerra), quando as fotografias dos campos de concentração nazistas foram reveladas ao mundo e os Estados Unidos desistiram de sua oposição de criar uma comissão de Direitos Humanos na ONU, e quando a conferência de criação terminou em junho de 1945, os principais princípios sobre direitos humanos se haviam inserido em sete lugares do documento fundacional, inclusive estabelecido que haveria uma Comissão de Direitos Humanos. Daí até

1948, data da promulgação da Declaração, muita resistência ainda se encontrou, mormente por parte do bloco soviético.

A partir daí, os direitos fundamentais passaram a fazer parte de quase todas as Constituições, Tratados e Convenções, que sempre se referem às Declarações Universais, ou criam novas dimensões para os direitos fundamentais e um novo universalismo, que, passa de um compromisso ideológico a partir de direitos de liberdade – civis e políticos da declaração francesa, para uma amplitude formal de positivação, a que nem sempre corresponderam, ou correspondem, os respectivos conteúdos materiais. Essa nova universalidade, criada a partir da declaração da ONU, cria uma nova universalidade dos direitos fundamentais, e os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos de liberdade, mas primeiro os fortalece e com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos de igualdade e fraternidade. Foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o seu reconhecimento na Carta de 1948, quanto a de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal (BONAVIDES, 2005:573).

Quebra-se aqui, então, o mito de que os direitos fundamentais devem aos franceses ou aos norte-americanos. Aliás, evitando-se o uso promíscuo das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” é muito bom que se diga que a expressão *direitos humanos* é própria dos autores anglo-saxônicos e latinos, em coerência com a tradição e a história, enquanto a expressão *direitos fundamentais* parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. Resgatem-se, pois, as influências importantes que impuseram as nações latino-americanas, na criação desse “novo universalismo” dos direitos fundamentais.

2.1 A insuficiência do reconhecimento e da previsão legal

Mas o mero reconhecimento, a previsão legal, mesmo que constitucional, são insuficientes para uma realidade mais concreta dos direitos fundamentais. Quando uma lei infraconstitucional é promulgada, ou um ato administrativo ou judicial (sentença) é praticado e publicado, é possível aferir sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou a sua violação dos direitos fundamentais. Mas ninguém costuma controlar, sistematicamente, as violações de direitos por omissões públicas ou privadas, e por políticas públicas cujas violações estejam subentendidas ou até mesmo disfarçadas. Esse controle só tem sido feito pelos grupos de pressão, pelas ONGs destinadas a esse fim, e por outros órgãos e setores das sociedades-organizadas, nacionais e internacionais, ou pelos próprios destinatários dos direitos fundamentais.

Mesmo no tocante à sempre recorrente dignidade humana, como

fundamento dos direitos fundamentais, o seu simples reconhecimento legal (consta em quase todos os Tratados Internacionais e Constituições) não tem sido suficiente para estabelecer efetivas políticas de concreção dos direitos humanos. A dignidade humana é um valor atualmente reconhecido e geralmente respeitado. Mas, em muitos casos, a dignidade é usada como uma acomodação que tem exatamente esse valor: o de servir para quase tudo, sem definir tecnicamente quase nada, à exceção, claro, de um *sem fim de bons desejos* (PARGA, 2003: 437-461).

Isto não é suficiente. A sociedade atual tem superado, ou busca superar a fase do *dever-ser*, e o *direito à dignidade* refere-se e deve enfrentar agora, o momento do *ser*. A dignidade, sem abandonar a força tópica de que se tem feito credora, deve ser protegida de uma forma suficientemente clara e explícita que assegure a sua efetiva realização.

Ora, tendo-se que os direitos humanos e fundamentais hão de ser aquelas atribuições jurídicas (em sentido estrito e em sentido amplo) às quais se confere a função de atuar como mecanismo de defesa de uns interesses, exigências e aspirações das pessoas que têm importância radical; que tais interesses, exigências e aspirações são geralmente considerados inerentes ou devidos ao homem-indivíduo enquanto sujeito-valor central e básico que atua como medida crítica, como fronteira e como destino da ordenação jurídica, conclui-se que esses direitos, em sentido próprio, não são nem princípios nem critérios éticos apenas, determinantes da concreta ordenação jurídica em que eles mesmos chegaram ou devem chegar a ser reconhecido, nem apenas as *exigências* e *aspirações* do ser humano que se constitui em conteúdo de reconhecimento e proteção. São direitos unicamente como *determinações* incorporadas (CID, 2003: 269-275).

Os direitos fundamentais não foram reconhecidos e inseridos nos textos legais como abstrações ou para serem aplicados em situações excepcionais, mas, em grande parte, é isso que tem ocorrido, embora “a comunidade internacional diga-se convencida da convergência e confluência dos direitos humanos e do direito humanitário, na preocupação da tutela da pessoa humana e de seus direitos fundamentais e inalienáveis, em todas as situações em que o indivíduo se apresente débil e seus direitos sejam expostos a violações” (DEL VECCHIO, 2003: 22-43).

O maior desafio no campo dos direitos humanos e fundamentais é a distância que existe, porque a temos produzido (que alguns consideram abismo) entre o discurso que os afirma, a norma que os reconhece e seu cumprimento efetivo. Sem colocá-los num contexto cultural e relacional (ADORNO, 1998:35-49), não há que se falar deles, porque esses direitos são produtos culturais e

qualquer produto cultural deve ser integrado naquilo que chamam de *circuito cultural com nós mesmos*, (FLORES, 2004: 49-91) pois, como produto cultural, surge em um específico e histórico marco de *relações sociais, morais e naturais*. Não há produto cultural à margem do sistema de relações que constituem sua condição de existência. Não há produtos culturais em si mesmos. Todos emergem como resposta simbólica a determinados contextos de relações a que estão sujeitos e, ao mesmo tempo, sujeitam essa mesma realidade em que se inserem, daí poder-se falar em *circuito cultural*, não havendo nenhum objeto cultural que possa ser considerado em si mesmo, à margem do contexto em que atua.

Urge, pois, o aproveitamento de todo o discurso dos direitos fundamentais, fazendo-o refletir no mundo das pessoas, concretamente, através de mecanismos de proteção efetiva, porque o direito não é uma realidade abstrata, alheia às circunstâncias exteriores e ao contexto em que se aplica. O direito deve, necessariamente, referir-se às pessoas que afeta de forma direta, quando define o seu conteúdo, alcance, extensão e efeitos de suas relações com outras pessoas; mas a natureza, a condição, e as expectativas e objetivos humanos condicionam também o *modo de ser do direito* (HERNANDO, 2004: 31-48). O direito há que se acomodar, pois, à realidade social (Bezerra, 2003: *passim*), porque tem como fim regular com eficácia e plenitude a vida dos homens, e, sem tomar em consideração, entre outras, as variáveis de espaço e tempo, dificilmente pode-se articular um sistema jurídico adaptado às reais necessidades da Sociedade.

3. Os mecanismos de proteção efetiva dos Direitos Fundamentais

Há, portanto, a necessidade que ultrapassa o simples reconhecimento e inserção em textos legais de direitos fundamentais, necessitando-se de mais solidez e fundamentação à dinâmica de reconhecer direitos e oferecer mecanismos de proteção aos mesmos. Estas questões, desbordando de um sentido ético, mais amplo, imbricam-se, necessariamente, com um sentido positivo, estrito.

A proteção dos direitos humanos será tanto mais exigível, estará tanto mais fundada, quanto mais fundados estejam os direitos que devem ser protegidos. Mas, se a primeira grande concreção dos direitos da dignidade são os direitos da autonomia (liberdade), a proteção dos direitos é a proteção do *exercício e das condições de possibilidades da autonomia* (ETXEBERRIA, 2003:63).

A dissociação entre o discurso e a prática dos direitos fundamentais pode ser simbolizada, dentre milhares de outros, por dois exemplos práticos: a) *falar* (reconhecer, fazer previsões legais) da necessidade de um prato de comida para viver, é tratar de um tema que expressa, de maneira fulcral, o *conteúdo* de um direito fundamental contido no pressuposto básico da *dignidade da pessoa humana* (não há o que viole a dignidade humana mais do que a fome, pois, que,

por ela, e no seu rastro, assomam-se todas as demais indignidades), princípio fundante do nominado Estado Democrático de Direito. Pois bem, dar comida a todos talvez seja a maior causa global; (BOLZAN DE MORAIS, Cit: 83) b) uma coisa é o meu direito de liberdade de expressão, que, inclusive, cria o dever *erga omnes* de não me obrigar a calar; outra bem diferente é criar *condições* para que eu possa me expressar livremente. Há um direito fundamental de liberdade, mas à ele corresponde um *dever* de se criar mecanismos de viabilização desse mesmo direito. E é sobre isso que se tratará agora.

Há, em nível internacional e nacional, algumas dimensões dos direitos fundamentais conhecidos como *cláusulas pétreas da proteção do ser humano* (CANÇADO TRINDADE, 2002:537) pensadas a partir do resgate histórico do indivíduo como *sujeito de direito*, e referentes aos chamados *conteúdos essenciais*, ou *núcleos intangíveis e irredutíveis* dos direitos fundamentais.

O reconhecimento desses conceitos é muito importante, mas, até com relação a esses há um hiato terrível (alguns chamam de abismo) entre o discurso e a prática, exigindo um repensar imediato sobre os mecanismos de proteção e de efetivação.

Esse reconhecimento dos direitos fundamentais individuais deve corresponder à capacidade processual de vindicá-los, tanto nos planos nacionais, quanto no âmbito internacional. É mediante a consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos que a proteção dos direitos humanos e fundamentais torna-se realidade. E, ainda que pelas circunstâncias da vida, certos indivíduos (crianças, enfermos mentais, idosos, entre outros) não possam desfrutar da plena capacidade prevista pelo Direito Civil, nem por isso deixam de ser titulares de direitos, oponíveis inclusive ao Estado.

Fala-se, então, de *revolução copernicana* (STRECK, 2004:43) nos institutos jurídico-institucionais ínsitos nos ordenamentos nacionais e internacionais, e uma delas é a necessidade de deslocamento nas práticas de efetivação dos direitos do Poder Legislativo para o Poder Judiciário e, nesse contexto, os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais tendem a se efetivar, seja qual for a *dimensão* desses direitos.

Seja no âmbito do *civil law* seja no do *common law*, a jurisdição constitucional nas sociedades contemporâneas tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das normas asseguradoras de direitos. E já são muitos os autores que designam esse *ativismo judicial* como um processo de *judicialização da política* (SARLET, 1998:46-48).

Ninguém advoga por uma substituição do legislador feita pelo juiz, mas este último, como, *ultima ratio*, é quem deve aplicar o direito, e não pode mais permanecer depositário de posturas meramente confirmatórias da *mens legislatoris*, passando, há muito tempo, ao papel de intérprete da *mens legis*. E,

nesse seu fazer diário, assoberba-se de enormes responsabilidades de seu novo tempo, notadamente na seara da chamada *Jurisdição Constitucional*.

Várias são as chaves de interpretação desses processos, que podem, inclusive, ser utilizadas para a análise da expansão do Poder Judicial, tanto nos países centrais, como nos periféricos: o fenômeno da normatização de direitos; as transições pós-autoritárias e a edição de Constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, com a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado Democrático de Direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas à elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como criminalização da responsabilidade política; as discussões sobre a instituição de algum tipo de Poder Judicial Internacional ou Transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional e Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e, finalmente, a emergência de novos discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do Poder Judicial como *reforço da lógica democrática*, a par dos movimentos sociais e das ONGs defensoras dos direitos fundamentais, que buscam, nessa jurisdição ampliada, um remanso de esperança de ver os direitos fundamentais concretizados.

De fato, a *jurisprudência de valores* alemã busca interpretar os direitos constitucionais como valores que formam uma ordem simbólica que expressa a identidade e a forma de vida de determinada comunidade jurídica, ignorando a moralidade pós-convencional e conforma essa cidadania ética na equiparação dos direitos fundamentais aos valores inscritos nas tradições constitutivas das comunidades. E essa jurisprudência de valores influencia muito o constitucionalismo português e espanhol e, por essa via, o brasileiro.

Mas importa esclarecer que, ao definir uma série de institutos processuais asseguradores dos direitos fundamentais, o constitucionalismo democrático, visto que comprometido tanto com o ideal da igualdade-dignidade humana, quanto com o processo de participação jurídico-política da comunidade, privilegia mais os procedimentos que reclamam um *comportamento negativo* do Poder Público, do que aqueles que exigem *prestações positivas* por parte do Estado. Afinal, deve-se lutar exatamente contra uma concepção de direitos subjetivos enquanto esfera que demanda a proteção contra as invasões indevidas por parte da autoridade estatal. Em vez disso, confere-se prioridade ao *dever de omissão* e não ao *dever de ação* por parte do Estado. Esse dever de ação por parte do Poder Público, envolve todo um conjunto de direitos fundamentais.

Há autores, contudo, não menos abalizados, que afirmam que *em termos tendenciais*, pode-se dizer que um índice seguro para se aquilatar a existência de um direito subjetivo, reconhecedor de pretensões jurídicas diretamente atuáveis, com base na norma constitucional, é a *possibilidade de o titular ativo poder*

recorrer aos tribunais para acionar judicialmente – em caso de necessidade – a satisfação dessas pretensões jurídicas contra os respectivos destinatários passivos. E que ninguém contesta, por exemplo, que o direito de liberdade legitima qualquer cidadão a recorrer aos tribunais quando for alvo de ordem de prisão ilegítima. Embora a judicialização (aqui como possibilidade de ação) seja uma dimensão da radicação subjetiva de um direito como o direito de liberdade, seria *constitucionalmente empobrecedora a caracterização de um direito como o direito de liberdade e sua garantia a partir da sua indissociação com a dimensão de justicialidade* (CANOTILHO, 2003:402).

A judicialização da política é vista a partir de dois eixos principais de procedimentalismo: o primeiro eixo é o de Habermas-Garapon, onde a judicialização da política é interpretada enquanto sintoma da necessidade de recuperar o sentido original da soberania popular, ainda que isso represente um risco permanente à ordem jurídica de direitos constituídos, e que implica uma valorização apenas parcial desta judicialização, na medida em que ela é o indicador das conquistas sociais consolidadas no Estado de Bem-estar Social. Neste eixo, busca-se uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que: permita a reorganização e o fortalecimento da cidadania ativa no âmbito da sociedade civil; seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e substitua a função paliativa dos atores do Judiciário enquanto contra-peso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente; em segundo lugar, o eixo Cappeletti-Dworkin, que confronta a invasão da política pelo direito de uma perspectiva um pouco mais otimista, apontando para o importante papel que os juízes, e os demais atores do Judiciário exercem no sentido de estabelecerem um contraponto conservador à inevitável tendência dos legisladores de atuarem em convergência com os desejos da maioria. Defensores da Constituição, os juízes, são, nesse diapasão, capazes (e têm mesmo a responsabilidade) de intervir ativamente nos processos políticos, no sentido de assegurar a estabilidade e a coerência dessa ordem, bem como a sua extensão aos setores menos integrados da sociedade (EISENBERG, 2002:45).

Cizânias doutrinárias à parte, o que parece certo é que se faz necessária uma maior concretização, a mais ampla possível, dos direitos fundamentais, porém, sem generalizações ideológicas.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais e o conseqüente aumento da criação de mecanismos de proteção e concreção, contudo, deve passar pela problemática das políticas de emancipação e vice-versa, e a tarefa central de uma política emancipatória no caso dos direitos humanos e fundamentais consiste em transformar a conceitualização e a prática desses direitos, desde um localismo globalizado a um projeto de natureza cosmopolita, sendo exigíveis

algumas premissas para tal transformação. Como premissas, diz-se que: a) é imperativo transcender o debate sobre universalismo e o realismo cultural, pois esse debate é, no fundo, um falso debate, cujos conceitos são prejudiciais para uma concepção emancipatória dos direitos humanos; b) todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, como postura filosófica é errôneo; c) todas as culturas aspiram alcançar valores últimos essenciais, mas o universalismo cultural como postura filosófica também é errônea; d) contra o universalismo devemos propor diálogos transculturais sobre questões isomórficas; e) e, contra o relativismo devemos desenvolver procedimentos e critérios transculturais para poder distinguir políticas progressistas daquelas de caráter regressivo; políticas de apoderamento, daquelas em que este é negado; políticas de emancipação de políticas de regulação, como são as disfarçadas políticas do Banco Mundial, que escondem, em seus discursos emancipatórios, verdadeiras armadilhas neo-colonialistas (SANTOS, 2003: 95-116).

Como mecanismos de proteção efetiva dos direitos fundamentais há quem aponte : a) as cláusulas constitucionais de irrevisibilidade ; b) as cláusulas de imediatidade aplicativa como referência aos direitos, liberdades e garantias; c) as normas de exequibilidade imediata dos tratados internacionais; d) a proteção através dos *standards* de realização; d) a proteção através de normas-regras e de normas-princípio (CANOTILHO, 2003:793-814).

Sobre o primeiro mecanismo, o Prof. Canotilho põe a questão de as saber *em que medida as cláusulas de irrevisibilidade expressamente consagrados nalguns textos constitucionais²constituem um esquema de proteção dos direitos fundamentais e se constituem método adequado dessa mesma proteção*. Também questiona, com referência apenas a direitos, liberdades e garantias, se esses direitos transportarão eles próprios, algumas *mais valias* de irrevisibilidade relativamente às outras cláusulas de irrevisibilidade, ao que responde que “o limite material radica implicitamente no *núcleo essencial* de cada direito e a cláusula de irrevisibilidade não proíbe a restrição de direitos, liberdades e garantias, porém *impedem que o legislador constitucional aproveite a natureza constitucional da lei de revisão para ultrapassar o limite de qualquer direito: o seu núcleo essencial*” (CANOTILHO, 2003:800) .

Sobre as cláusulas de imediatidade aplicativa dos direitos, liberdades e garantias, o autor afirma que, na constitucionalística norte-americana essas normas pouco sentido têm, pois lá, sempre se entendeu que *os direitos fundamentais jusnaturalisticamente fundamentados e depois incorporados na Constituição como normas jurídicas proeminentes, alicerçam direitos subjetivos juridicamente acionáveis*. No direito continental europeu, até meados do século XX, duvidava-se da validade, vinculatividade, atualidade e força obrigatória geral dos direitos fundamentais positivados na Constituição, só adquirindo

robustez jurídica através de leis de regulamentação desses mesmos direitos. Nesse contexto, as normas de aplicação imediata só servem para reforçar a sua natureza de direito constitucional e a sua força normativa autônoma, independente de uma lei concretizadora.

Ao falar das normas de exequibilidade imediata dos tratados internacionais, a partir de uma afirmação de H. Triepel, segundo a qual “o direito internacional precisa do direito do Estado para cumprir as suas tarefas, e que, sem este, ele é, em muitas situações, um direito sem forma, sendo o legislador nacional quem o desperta da sua falha de poder”, o professor Canotilho adverte que essa fórmula precisa, hoje, ser relativizada, porque, em alguns países como Portugal, à luz do art. 8º-1 e 2 da Constituição, “as normas e princípios do Direito Internacional vigoram na ordem interna sem necessidade de qualquer ato interno de transformação”.

De fato, essa forma de colocar o direito internacional dependente do direito nacional ou interno tem importantes refrações em nível de direitos fundamentais.

Mas o mais importante contributo do autor no texto comentado, é o que se refere à proteção através de *standards* de realização, instrumentos de razoável operacionalidade prática, na complexa questão da efetividade dos direitos, reconhecendo contudo que “é difícil transferir para a metódica dos direitos, liberdades e garantias, a técnica dos *standards*. Trata-se, segundo ele, de *hard law* e *soft law*, de imposições de vinculatividade e de apelos à regras de ética política, nacional e internacional, concluindo, todavia, que: a) os *standards*, ao sedimentarem-se como instrumentos de proteção flexíveis, compostos de regras vinculativas e regras não-vinculativas, geram conteúdos normativos; b) esses conteúdos normativos são posteriormente incorporados como regras jurídicas vinculativas em tratados internacionais; c) por sua vez, essas regras jurídicas convertem-se, em muitos casos, em regras de defesa subjetiva de pessoas e povos. E que é pela via dos *standards* que o sistema de direitos, liberdades e garantias pode ser densificado (Ex. *standards* quanto à representação de sexos, à liberdade de profissão, ao direito de asilo).

O que se disse a respeito da proteção de direitos, liberdades e garantias, pode ser aplicado a direitos econômicos, sociais e culturais, guardadas as devidas proporções e considerando-se que aqueles se referem, primordialmente à prestações negativas (embora não exclua totalmente o dever de agir do Estado) e estes, principalmente, à prestações positivas. Mas, principalmente, quanto ao método dos *standards* é perfeitamente aplicável.

O que é inafastável é que, em termos de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, uma grande carga de responsabilidade recai sobre os juízes, embora não possam se eximir delas os legisladores e os administradores,

como representantes dos Poderes do Estado. Como explicita, por exemplo, a Constituição brasileira em vigor, em seu art. 2º, “são o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, *independentes e harmônicos entre si*”.

A implantação de mecanismos de acesso aos direitos fundamentais é de responsabilidade do Poder Público e da Sociedade Civil organizada. Mas, voltamos a afirmar, como último rincão dos processos e ações que buscam efetivar e afastar violações aos direitos fundamentais, está, indiscutivelmente, o Poder Judiciário, o que exige dos juízes e demais operadores do direito, uma postura ética (BEZERRA, 1999: *passim*) mais apurada e uma cultura jurídica mais ampla, notadamente nos temas referentes à direitos fundamentais, que escapam já, apesar da resistência de alguns ordenamentos, do plano local para o plano comunitário e internacional.

Há que se distinguir, ainda, entre mecanismos nacionais e mecanismos internacionais de proteção dos direitos fundamentais. No primeiro caso (mecanismos nacionais), devem-se analisar não só os meios judiciais, mas, também, os legislativos e executivos (administrativos). Dentre os mecanismos nacionais, citam-se: a) os mecanismos fixados através da justiça constitucional, através dos Tribunais Superiores ou Constitucionais (a depender da estrutura judicial nacional em que estão inseridos), que fiscalizam as leis, sentenças, e demais atos públicos, verificando qualquer desses atos do Poder Público, que contenha uma regra de conduta para os particulares ou para a administração, um critério de decisão para esta última ou para o Juiz, ou um padrão de comportamento geral, que estão de acordo com a Constituição e não violam direitos fundamentais (CORREIA, 2003:63-96).

De fato, por definição, os direitos fundamentais precisam receber, num Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim, valerão inteiramente como direitos, ainda que os graus sejam diversos, consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais (MIRANDA, 2000:257).

Alguns sistemas de Justiça Constitucional, contudo, não prevêem instrumentos específicos de proteção dos direitos fundamentais por seus Tribunais Constitucionais. Assim, o sistema português e brasileiro não consagram modalidades e vias processuais específicas de proteção jurisdicional de direitos fundamentais, da competência do Tribunal Constitucional (no caso português) e do Supremo Tribunal Federal (no brasileiro), à semelhança, por exemplo, do *recurso de amparo*, com fundamento na violação de certos direitos ou liberdades fundamentais por atos formais, disposições ou atuações de fatos dos poderes públicos, quando essa violação não for reparada pelos órgãos jurisdicionais inferiores, ou quando essa lesão tiver a sua origem direta e imediata num ato ou omissão dos tribunais, como sucede nos ordenamentos jurídicos da Espanha, e de alguns países latino-americanos como Guatemala, El Salvador, Colômbia,

Equador, Venezuela, Chile e Costa Rica.

Onde não existe esse mecanismo de proteção, os titulares dos direitos fundamentais violados ou ameaçados de violação, têm a via judicial comum, ou o Mandado de Segurança, precisando demonstrar, nesse caso, um *direito líquido e certo*, nem sempre demonstrável *ab initio*, em sede de direitos fundamentais. Alega-se que, para implantar o recurso de amparo, seria preciso mudar toda a estrutura dos ordenamentos jurídicos. Pois então que se mude.

Em nível internacional a proteção tende a ser, em parte mais viabilizada por causa dos muitos diplomas legais protetores, e, em parte se dilui pela dificuldade de acesso aos Tribunais de Direitos Humanos, questão que necessita ser contornada urgentemente.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem tem desempenhado um papel importantíssimo na proteção dos direitos humanos e fundamentais, podendo servir de modelo para outras partes do mundo. Suas decisões sobre direitos fundamentais os mais variados, tais como quebra indevida de sigilo telefônico, duração excessiva de processos causando prejuízos que foram mandados reparar, proteção efetiva à família, garantias processuais e acesso ao processo e tantos outros referentes à liberdade de locomoção, consciência e crença, não-discriminação por motivo de sexo, liberdade religiosa, propriedade, direito ao trabalho, igualdade de sexos, são, por suas fundamentações, paradigmáticas.

No âmbito da União Européia, a Convenção estabeleceu o sistema mais emblemático e mais eficaz, atualmente centrado no Tribunal Europeu de Direitos do Homem, e estabeleceu mecanismos de controle efetivo, e jurisdicionalizou, no plano internacional, o sistema de proteção, concedendo aos indivíduos o direito de queixa contra os Estados, e que a possibilidade de obter, numa instância judicial internacional, a condenação desses Estados, o que tem gerado recomendações, advertências, e condenações sérias e de grande valor econômico (GASPAR, 2004:44-46), e o volume de queixas contra determinados Estados tem demonstrado a importância de tal mecanismo (MIGUEL, 2004:33-38).

Os Tribunais Constitucionais também têm produzido intenso trabalho na área de Direitos Humanos e Fundamentais. Um caso emblemático é o do conhecido por *caso Ludin*, desenvolvido perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, caso ansiosamente esperado por todos os jurisdicionados alemães e de todo o mundo.

Trata-se de recurso de amparo intentado pela senhora *Ludin* contra as sentenças do Tribunal Federal Administrativo, de 04 de julho de 2002, e dos tribunais de instâncias inferiores alemães, que, desde 1998 consideraram a recorrente não apta para exercer as funções públicas de professora, por usar, durante as aulas, um paninho na cabeça (*hiyab*), por suas convicções muçulmanas. As sentenças que a consideraram inapta para as funções argumentavam que as

crianças estavam sendo influenciadas pela professora e que isso feria os direitos dos pais de criarem seus filhos na religião que bem entendessem. O Tribunal considerou que as sentenças vulneravam o direito da recorrente no amparo ao igual acesso à função pública, acesso condicionado só por critérios de aptidão, capacidade e competência profissional, em relação ao direito de liberdade religiosa e de não discriminação no acesso à função pública por motivo religioso (VIDA, 2004:313-336).

Entre as questões mais atuais, sobre as quais os Tribunais têm tido dificuldade de decidirem, está a que se refere ao chamado *direito ao mínimo de existência condigna*, um direito fundamental a prestações estaduais positivas. Sobre isso, no âmbito do Tribunal Constitucional português, vem-se alicerçando, progressivamente esse direito, afirmando, primeiro, a garantia do mínimo de sobrevivência como *fundamento de restrições legislativas* a outros direitos e, depois, a existência de um *direito subjetivo* ao mínimo de sobrevivência condigna, como limite negativo do poder estadual, de execução patrimonial – o *direito a não ser privado desse mínimo*. Declara inconstitucionalidade de normas que não garantem um mínimo adequado e necessário para uma existência condigna (VIEIRA DE ANDRADE, 2004:21).

A esse direito relaciona-se, não raro, o princípio da proibição de retrocesso social, uma criação doutrinária relacionada ao estudo dos princípios e que diz respeito a manutenção dos níveis gerais de sociabilidade alcançados no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Frente a esse princípio, os direitos fundamentais uma vez concretizados em nível infra-constitucional, na condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, não podem ser mais reduzidos ou suprimidos, pena de infração ao princípio da proteção da confiança, implicando inconstitucionalidade de todas as medidas que, equivocadamente, venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançadas (CANOTILHO, 1992:474).

Há, contudo, quem afirme que a proibição de retrocesso social não pode ser vista como regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legisferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução de decisões constitucionais, pois, de forma absoluta, a proibição de retrocesso social outorgaria aos direitos fundamentais uma eficácia mais reforçada do que aquela atribuída aos direitos de defesa em geral, uma vez que estes podem ser restringidos pelo legislador, preservado seu núcleo essencial (VIEIRA DE ANDRADE, 1987:307).

Essa forma de pensar não é imune a críticas. De fato, o princípio quer é exatamente conceder a esses direitos fundamentais essenciais, uma *eficácia mais*

*reforçada do que aquela atribuída aos direitos de defesa em geral, senão não teriam porque serem fundamentais. Em segundo lugar, o mínimo de existência condigna é parâmetro de manutenção do núcleo essencial de qualquer direito, isto é, permite-se a restrição a direitos, desde que não representem um retrocesso que leve à perda do *mínimo de existência condigna*, que configura, por seu turno, um núcleo essencial*

Com freqüência, afirma-se que o juiz deve ser o garantido dos direitos humanos e fundamentais. Mas a evidência do enunciado não deve ser tomada como aproblematicidade do conteúdo. Deste faz parte uma complexa gama de conseqüências que exprimem outras tantas exigências, dirigidas à política e ao direito, cuja realização aparece condicionada ao concurso de uma articulada série de pressupostos de diversa índole e cuja prestação exige, por sua vez, um forte compromisso ideal incompatível com práticas a favor das quais, como é sabido, militam velhas e elaboradas razões de *Realpolitik* baseadas num difundido senso comum. Muito comum também entre os operadores do direito. Contudo, o certo é que o imperativo deontico que impõe ao juiz a prestação dessa relevante garantia, existe enquanto tal e é uma vigência e uma validade (IBAÑES, 1999:11-31).

Embora o Judiciário tenha uma parcela imensa de dever e de responsabilidade pela efetiva colocação em prática dos direitos fundamentais, não é menor a do legislativo, como é exemplo o expediente conhecido na Itália como *afecção de qualidade da legislação*, com eleição de comissões que analisam a legislação, antes da promulgação, para garantir não só uma elaboração correta dos atos normativos, mas também uma avaliação da tipologia dos atos normativos e a própria oportunidade de regular ou não a matéria (CASTELANI, 2004:19-22). E isso porque seja o juiz um aplicador dogmático do direito, seja um pensador crítico, estará ele preso, sempre, a certos limites hermenêuticos, o que faz com que um direito bem produzido, com previsões legais que garantam a concreção dos direitos fundamentais, também é relevante (BEZERRA, 2004: *passim*) e o mesmo se pode dizer dos atos administrativos revestidos de legalidade e justiça.

4. Considerações finais

De todo o exposto, depreende-se que o reconhecimento dos direitos fundamentais, notadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, representa um gigantesco passo em favor da construção de uma sociedade livre e solidária e do Estado Democrático de Direito.

Também não se pode olvidar os esforços legislativos no sentido de inserir nos textos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, as tábuas de direitos fundamentais que representam os anseios da humanidade, e em prol da concretude da dignidade humana, através de mecanismos de proteção desses

mesmos direitos fundamentais.

De fato, alguns textos jurídicos relevantes já traçaram metas para essa efetivação e garantia dos direitos fundamentais, a exemplo das Declarações dos Direitos do Homem, de 1948, que no terceiro *consideranda* de seu preâmbulo, diz que “é essencial a *proteção* dos direitos do homem”; no seu art. 8º declara que “ toda pessoa tem direito a recurso *efetivo* para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais”, direito recentemente ampliado com a criação do Tribunal Internacional dos Direitos do Homem; e no seu artigo 28º declara que “toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de *tornar plenamente efetivos* os direitos e liberdades enunciados na Declaração. Também, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reconhece que se *criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos*, e que, na ausência de medidas legislativas que permitam tornar *efetivos* os direitos previstos no pacto, os Estados se comprometiam em tomar determinadas providências previstas no art. 2 , do referido pacto, normas repetidas no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Mas, é de se reconhecer também, que o muito já feito não pode representar um dever cumprido nessa seara, sendo desejável que novos mecanismos se desenvolvam em todas as áreas do Poder Estatal e da Sociedade Civil organizada, buscando dar maior efetividade aos direitos fundamentais, como condição de minimização das desigualdades e injustiças sociais que se alastram por toda parte. Algumas propostas de avanço, em termos de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais já foram apresentadas no desenvolvimento do presente texto, sendo, pois, dispensável repeti-los.

Na construção desses mecanismos, deve-se levar em conta que a nitidez plena de fronteiras entre desejos e necessidades não existe, e que a concreção das necessidades está mediada culturalmente, introduzindo-se, assim, a particularidade de cada cultura e que os níveis de concreção dos direitos fundamentais e até da dignidade que os fundamenta passam pela realidade de cada cultura.

5. Referências

- ADORNO, R. Universalidad de los derechos humanos y derecho natural. In: **Persona y derecho**. Pamplona: Campus Universitário, 1998. v. 38, p. 35-49.
- ANDRADE, J. C. V. de. O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do Tribunal Constitucional. **Jurisprudência Constitucional**, Lisboa, n. 1, 2004.
- BEZERRA, P. C. S. **A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça**. Ilhéus: EDITUS, 2001.

_____. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANÇADO, T. A. A. **O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 793-814.

CATELANI, E. Avaliação de impacto dos atos normativos situação em Itália: legislação. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Milão, n. 36, p.19-22, 2004.

CID, B. de C. La fundamentación de los derechos humanos: reflexiones incidentales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 24, p. 269-275, 2003.

CITTADINO, G. Judicialização da política. constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, L. W. **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. São Paulo: FAPERJ, 2002.

CORREIA, F. A. Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efetiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

DEL VECCHIO, A. M. Problematiche di protezioni della persona umana in situazioni di conflittualità e di terrorismo. **Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo**, Milão, v.1, a. 16, p. 22-43, genn./apr. 2003.

EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANA, L. W. **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. São Paulo: FAPERJ, 2002.

ETXEBERRIA, X. Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos. In: ISA, F. G.; PUREZA, J. M. **La protección internacional de los derechos humanos em los albores del siglo XXI**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003.

FLORES, J. H. Los derechos humanos em el contexto de la globalización: três precisiones conceptuales. In: RUBIO, D. S. (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GASPAR, A. H. Proteção internacional dos direitos humanos: sistema da Convenção Européia. **Justiça e Sociedade**: sub judge, Lisboa, n. 28, p. 44-46, abr./sept. 2004.

GLENDON, M. A. El crisol olvidado: la influencia latiniamericana em la idea de los derechos humanos universales. **Persona y Derecho**, Pamplona, v. 51, p. 103-123, 2004.

HERNANDO, F. El nuevo juez europeo. **Persona y Derecho**, Pamplona, v. 51, p. 32-48, 2004.

IBAÑEZ, P. A. Garantia judicial dos direitos humanos. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v.

51, p. 11-31, abr./jun. 1999.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MACPHERSON, C. B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARSCHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

MIGUEL, J. M. da S. A justiça portuguesa no exame do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Justiça e Sociedade**: sub judge, Lisboa, n. 28, p. 33-38, abr./set. 2004.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. 4.

MORAES, J. L. B. de. Direitos humanos, estado e globalização. In: RUBIO, D. S. (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MOREIRA, V. Os direitos Fundamentais na União Européia. Disponível em: < www.ieei.pt>. Acesso em:

PARGA, M. O. Reconhecimento legal do valor dignidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 79, p. 437-461, 2003.

SANTOS, B. de S. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. In: ISA, F. G. (Org.). **La protección internacional de los derechos humanos em los albores del siglo XXI**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003. p 95-116.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 46-58.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIDA, M. Á. M.; MULLER-GRUNE, S. Puede una maestra portar, durante las clases, em una escuela publica, um pañuelo em la cabeza, por motivos religiosos? **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 70, a. 24, p. 313-336, enero/abr. 2004.

WOLKMER, A. C. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RUBIO, D. S. (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

THE PROTECTION MECHANISMS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

About the insufficiency of the recognition and the legal placement and the necessity of more effectiveness.

ABSTRACT: The present text is about the necessity of creating the protection and effectiveness mechanisms to the human and fundamental rights. The recognition of some natural rights as fundamental rights and their legal placement in juridical documents as the Universal Declaration of the Men and Citizens' rights like the American and French ones, in Trades, Agreements and International Conventions was a great step in order to establish that these rights are non disposable and they belong to all human being. This recognition influenced a new constitution emerged in the 19th and 20th centuries, when the democratic constitutions had parts designated to the legal placement of the fundamental rights in their texts, composing a traditional democratic constitution from these texts and the fundamental rights.

The recognition and the legal placement of the fundamental rights, however, can't avoid the great social differences which there are everywhere among the people in a globalization context, which claims for the mechanisms of effective protection and of these rights, through juridical or extra juridical ways like *Alternative Forms of Conflict Solution* (ADRs).

KEY WORDS: Fundamental Rights; Insufficiency of the Recognition and Legal Placement; Mechanisms of Effective Protection.

Artigo recebido para publicação: 17/04/2006

Received for publication on April 17 2006

Artigo aceito para publicação: 28/05/2006

Accepted for publication on May 28 2006