

**RENATA ELIZA FONSECA DE BARCELOS COSTA**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO DA EFICÁCIA**

**Monografia de conclusão do Curso de  
Direito, apresentada ao Setor de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Paraná, tendo como orientador o Professor  
Doutor Clèmerson Merlin Clève.**

**Curitiba**

**2001**

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**RENATA ELIZA FONSECA DE BARCELOS COSTA**

## **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO DA EFICÁCIA**

Monografia aprovada para conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
da Universidade Federal do Paraná.

Presidente e orientador:

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève  
Doutor em Direito na PUC/SP  
Professor Titular da UFPR

2º Examinador:

Profª Dra. Regina Maria Macedo Nery Ferrari  
Doutora em Direito na UFPR  
Professora da UFPR

3º Examinador:

Profª Msc. Mª de Lourdes Seraphico Peixoto da Silva  
Mestre em Direito  
Professora da UFPR

Curitiba, 25 de outubro de 2001

*Dedico este trabalho aos professores desta Faculdade que me ensinaram a utilizar o Direito para a realização da Justiça.*

*Aos amigos minha gratidão pelo apoio e incentivo na realização do trabalho. De maneira especial, agradeço ao meu pai Roberto pelas sugestões e revisão da redação, ao meu irmão Beto pelo “apoio técnico” e à minha mãe Rosa Maria pelo carinho e equilíbrio que me transmite.*

*“O meu ideal político é a democracia. Seja cada homem  
respeitado como um indivíduo e ninguém idolatrado”.*

*Albert Einstein*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I – O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>03</b>
<b>I.1. Para situar os direitos fundamentais.....</b>	<b>03</b>
<b>I.2. Conceito e características.....</b>	<b>06</b>
<b>I.3. Estrutura e dimensões.....</b>	<b>11</b>
<b>I.4. Classificação doutrinária e legal.....</b>	<b>16</b>
<b>I.5. Restrições e colisões de direitos fundamentais.....</b>	<b>21</b>
<b>I.6. Interpretação e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.....</b>	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO II – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>29</b>
<b>II.1. Classificação das normas constitucionais quanto à eficácia.....</b>	<b>29</b>
<b>II.2. Aplicabilidade: eficácia jurídica.....</b>	<b>31</b>
<b>II.3. Aplicabilidade: eficácia social ou efetividade.....</b>	<b>41</b>
<b>II.4. Eficácia vertical.....</b>	<b>44</b>
<b>II.5. Eficácia horizontal.....</b>	<b>49</b>
<b>CAPÍTULO III – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	<b>54</b>
<b>III.1. Considerações preliminares.....</b>	<b>54</b>
<b>III.2. A máxima otimização.....</b>	<b>56</b>
<b>III.3. A reserva do possível.....</b>	<b>58</b>
<b>III.4. A proibição do retrocesso social.....</b>	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>70</b>

## RESUMO

Procurou-se investigar as diversas formas de eficácia que possuem os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal, que proporcionam a realização da democracia no Brasil. Além de possuírem eficácia jurídica (possibilidade de produzirem efeitos) e social (efetiva produção de efeitos), os direitos fundamentais estão sujeitos à eficácia vertical, quer dizer, vinculação do Poder Público às normas de direito fundamental, e à eficácia horizontal, ou seja, as relações inter-privadas também sofrem os efeitos das normas que regulamentam os direitos fundamentais. Existem, ainda, a eficácia irradiante e a eficácia dirigente, as quais levam todo o ordenamento jurídico a respeitar as normas jusfundamentais. Foi objeto específico de exame a eficácia dos direitos sociais, previstos primordialmente no artigo 6º da Constituição, que necessitam de medidas materiais por parte do Estado na realização dos mesmos. Estes direitos estão regidos pelos princípios da máxima otimização, da reserva do possível e da vedação do retrocesso social, a fim de que sejam progressivamente realizados dentro da sociedade brasileira. Mesmo que alguns direitos sociais não possam ser aplicados na sua totalidade, devem ser aplicados da maneira mais eficiente possível. Ainda, os direitos sociais dependem dos recursos econômicos disponíveis pelo Estado para financiar a estrutura necessária à sua fruição, embora quando se tratar do mínimo indispensável à dignidade humana até mesmo a reserva do possível pode ser suplantada. Por fim, uma vez consolidados legislativamente, os direitos sociais passam a conter direitos subjetivos intangíveis pelo Poder Público, no que se refere ao núcleo essencial do direito. Ao término do trabalho, a principal conclusão obtida é a de que, sempre que estiver presente um direito subjetivo dentro de uma norma de direito fundamental, este direito pode ser pleiteado pelo seu titular, independentemente de intermediação legislativa, inclusive quanto aos direitos sociais, sendo que vários são os mecanismos processuais para a realização destes, como a ação civil pública e o mandado de segurança.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais estão presentes na maioria dos Estados, constituindo preocupação comum no âmbito internacional e interno de cada país. O seu estudo pode ser abordado sob diversos enfoques, de acordo com as culturas dos múltiplos países, com suas formas de organização social e política e também de acordo com o tratamento dado ao assunto em cada ordem constitucional.

O contexto da globalização entre os países, a adoção de políticas neoliberais, os debates em torno das funções da cidadania e a consolidação democrática estão inseridos na discussão sobre os direitos fundamentais.

O Brasil é participante de tal contexto e conta com uma situação bastante peculiar, em virtude da realidade sócio-econômica, na qual milhões de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza, sem qualquer perspectiva de exercer e usufruir dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

A dura realidade brasileira reclama a abordagem da aproximação desta com o texto normativo, buscando encontrar soluções para que a aplicação dos direitos fundamentais possa realmente resolver os problemas sociais.

Diante disso, o enfoque dado ao presente trabalho é o de estudar os direitos fundamentais dentro da Constituição Federal brasileira, observando as diferentes formas de eficácia desses direitos.

Far-se-á, num primeiro momento, breve exposição sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais dentro da Constituição, de modo a visualizar a forma pela qual houve a positivação e regulamentação desses direitos.

Após, a análise se prenderá sobre as várias formas de eficácia, que podem ser: jurídica, social, vertical e horizontal. Desse modo quer-se registrar que, além da possibilidade de aplicação e da efetiva realização dos direitos fundamentais (plano da aplicabilidade), existem outros planos nos quais esses direitos produzem efeitos, que são, o âmbito público e o âmbito privado.

Num terceiro momento, o trabalho será circunscrito à problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista as maiores dificuldades

de efetivação destes, em virtude de inúmeros fatores, tais como a condução das políticas públicas e a discussão sobre a amplitude da atividade do Poder Judiciário na aplicação do texto constitucional.

Tendo em vista a precariedade de tempo e de espaço para análise mais aprofundada do tema, fica o alerta de que o trabalho não tem como escopo esgotar a discussão, tem sim a finalidade de observar uma realidade e incitar o debate em torno da problemática exposta.

Em outra oportunidade a questão poderá ser aprofundada e, quiçá, o tema continue a ser debate não só dentro do universo jurídico, como também em outras esferas: política, econômica, psicológica, sociológica.

A matéria é instigante. Registre-se aqui, que não se pretende neutralidade ou imparcialidade no desenvolvimento da pesquisa. A posição adotada é de absoluta defesa da plena realização dos direitos fundamentais e do texto constitucional.

## Capítulo I. O regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição Federal

### I.1. Para situar os direitos fundamentais

No estudo dos direitos fundamentais dentro da Constituição Federal, faz-se necessário, num primeiro momento, a análise do processo histórico por onde passaram esses direitos até chegar à fase de constitucionalização, que tem conceito e características próprias.

Tomando a perspectiva histórica do ponto de vista ocidental, a evolução dos direitos fundamentais relaciona-se diretamente com a evolução da teoria do Estado (surgimento do Estado Moderno).

Já na época romana existiam manifestações acerca de idéias como dignidade e igualdade entre os cidadãos, apesar de as mesmas não gozarem de universalidade, visto que nem todos os homens das cidades romanas eram considerados cidadãos.

O conceito de dignidade humana desenvolveu-se com a chegada do Cristianismo, adentrando a Idade Média com a escolástica de São Tomás de Aquino. Pregava-se a igualdade de todos os homens, sem distinção de raça, cor ou mesmo cultura. Ocorre, porém, que os indivíduos não eram considerados verdadeiros sujeitos de direito, apenas tinham direito de resistência frente às instituições.<sup>1</sup> Isso se devia ao fato de a justiça estar centrada nas mãos de Deus, sendo os homens meros instrumentos da decisão divina.

Foi no século XVI, início da Idade Moderna, que ocorreu uma “laicização” do direito natural<sup>2</sup>, ou seja, desvincula-se da noção de direito o mecanismo divino, dando-se ao indivíduo certa autonomia na titularidade dos seus direitos.

Surgem, a partir daí, as teorias contratualistas, que têm como expoentes John Locke, Thomas Hobbes, Rousseau e outros. As teorizações divergem

---

<sup>1</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pg. 12/13.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 41.

entre si, mas a idéia central é a de que o homem é dotado de uma liberdade política e de liberdades individuais, que só podem viver em harmonia com a realização do contrato social entre os indivíduos e o Estado. O contratualismo foi um marco significativo na racionalização dos direitos e liberdades, influenciando o processo de fortalecimento do indivíduo frente ao Estado.

Um fato histórico relevante para a evolução dos direitos fundamentais, ocorrido na Inglaterra, foi a elaboração da Magna Carta, em 1215, firmada por João Sem Terra. Nesse documento foram garantidos alguns direitos e liberdades civis clássicos, como a propriedade e o “habeas corpus”. Não eram garantias dirigidas a todos os homens sem distinção, havia privilégios, porém foi o início de um processo consolidador dos direitos e garantias individuais.

Após a Reforma Protestante e a formação dos Estados Modernos, com a consolidação do absolutismo monárquico, surgem as revoluções burguesas do século XVIII, que levaram à existência das Declarações de Direitos, dentre as quais se destaca a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da instauração do regime burguês na França. Nesse período histórico é que surgem os direitos fundamentais propriamente, como limitação do poder estatal.

Esses direitos conquistados são chamados direitos de primeira dimensão e se afirmam como direitos em face do Estado. Também são chamados de direitos negativos, de defesa ou de resistência. Dentre eles estão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, direito de voto e de participação política, entre outros.

Ainda no século XVIII, iniciou-se na Inglaterra o processo de industrialização, gerando graves crises sociais e econômicas, com acirramento da luta de classes (burguesia e proletariado) e fez surgir os direitos de segunda dimensão. São os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que atribuem ao Estado papel ativo na realização da justiça social, tendo em vista que os direitos de primeira dimensão não deram conta de resolver os problemas sociais.

Dentro dos direitos de segunda dimensão estão os direitos dos trabalhadores: greve, sindicalização, repouso semanal remunerado, férias, salário

mínimo, entre outros. Prima-se pela igualdade substancial, em detrimento da igualdade formal garantida por meio da Revolução Burguesa.

Avançando um pouco mais na cronologia histórica desenvolvida, observa-se que a Segunda Guerra Mundial levantou a necessidade de uma maior proteção dos direitos humanos, com a criação de mecanismos jurídicos efetivos. Vários documentos foram elaborados, como a Carta das Nações Unidas de 1945 em São Francisco e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em Paris no ano de 1948. Foram elaborados, também, documentos regionais americanos, europeus, africanos, entre outros e criadas instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos, influenciando as Cartas Constitucionais de diversos países, dentre eles o Brasil.

Na época do pós-guerra, os direitos de segunda dimensão tiveram maior atenção dos Estados, sendo inseridos nas Constituições de várias nações.

Atualmente, fala-se nos direitos de terceira dimensão, correspondentes aos direitos de solidariedade e fraternidade, que têm como titulares a coletividade. Muitos deles ainda estão no âmbito internacional e, aos poucos, vão sendo positivados pelos Estados. O direito à paz e à auto-determinação dos povos são exemplos de direitos de terceira dimensão positivados pela Constituição brasileira<sup>3</sup>.

A rápida síntese histórica, numa visão ocidental, serve para mostrar que a atual concepção de direitos fundamentais envolve noções que vêm desde a Idade Antiga, embora incipiente, e mais precisamente, desde a Idade Moderna, sendo que ainda não há entendimento pacífico na aplicação das concepções surgidas ao longo da História. Há quem sustente que o direito natural continua sendo uma teoria que se impõe ao direito positivo, pois os valores éticos que ela contém são transcendentais às disposições de ordem material.<sup>4</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, teria seu conteúdo explicitado através do jusnaturalismo, numa visão

---

<sup>3</sup> Paulo Bonavides fala ainda em direitos de quarta dimensão, nos quais inclui o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. (*Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pg.525/526).

<sup>4</sup> Observação feita por MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, Tomo IV, pg.621.

superior e anterior à do legislador. Esta questão será retomada no momento oportuno do presente trabalho.

Também as dimensões dos direitos fundamentais não são estáticas, estando presentes de forma conjunta nas Constituições contemporâneas, influenciando-se mutuamente. Ingo W. Sarlet afirma que: “o breve olhar lançado sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais revela-nos que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam, no mínimo, em grande parte, de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista”<sup>5</sup>.

Cumprido esclarecer aqui a terminologia “direitos fundamentais” utilizada pela atual Constituição, para dissipar dúvidas que possam surgir relativamente às expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”. O termo “direitos fundamentais” será utilizado para designar direitos positivados pela Constituição que se ocupam de questões essenciais ao desenvolvimento do ser humano, tais como o direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à previdência social, entre outros.

O termo “direitos humanos” envolve a análise destas questões no plano internacional. Como “direitos do homem”, pode-se entender uma visão jusnaturalista, no sentido de que são direitos que, por natureza, fazem parte da essência do ser humano.

## **I.2. Conceito e características**

Para análise dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária uma reflexão sobre as características da atual Constituição Federal, ainda que em rápidas linhas. Em primeiro lugar, a Constituição é a lei fundamental do Estado, estabelecendo a organização dos poderes constituídos, da

---

<sup>5</sup> SARLET, obra citada, pg.55/56.

ordem econômica e social, além de consagrar os direitos e garantias fundamentais do cidadão.<sup>6</sup>

Da leitura do texto constitucional, depreende-se que o Estado brasileiro faz parte do modelo de Estado de Bem Estar Social, em contraposição ao Estado Liberal. Isso quer dizer que a Constituição garante, além dos direitos civis clássicos, direitos sociais (incluindo os direitos econômicos e culturais) com *status* de direitos fundamentais. Para a realização dos direitos sociais são necessárias políticas públicas direcionadas à efetivação dos mesmos e de um lapso temporal para execução das medidas.

O Estado Social revela que as políticas públicas estão estreitamente vinculadas às normas constitucionais, de forma a perseguir os objetivos republicanos de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Conforme afirma Flávia C. Piovesan: “surge verdadeira configuração normativa da atividade política”. E mais adiante acrescenta que: “o grande problema do Direito Constitucional Contemporâneo está em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e instrumentos que efetivamente possam garantir os direitos sociais básicos”.<sup>7</sup>

Da estrutura constitucional observa-se que a “Constituição Cidadã” tem caráter analítico (com o fim de garantir conquistas históricas) e possui um forte cunho programático e dirigente<sup>8</sup>.

Somente pela posição topográfica dos direitos fundamentais na Carta de 1988 percebe-se que estes atuam como legitimadores do Poder Estatal, ao mesmo tempo em que limitam este Poder. Também se coloca a perspectiva de que os

---

<sup>6</sup> Várias são as concepções de Constituição. Ao presente trabalho interessa mais precisamente a concepção jurídica, sem deixar de lado as concepções sociológica, política, e outras que auxiliem na compreensão do fenômeno constitucional. Menciona-se a conclusão da professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, na obra *“Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade”*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pg. 250: “além de considerá-la como norma fundamental de um sistema normativo, é preciso considerá-la como padrão valorativo ideal, que reflete as aspirações da sociedade e, para efetivá-las, tem a capacidade de discipliná-la e modificá-la, de modo que, realizando o binômio normalidade/normatividade, possa-se chegar a uma ‘Constituição temporalmente adequada’”.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pgs. 36 e 42.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. obra citada, pg. 67 e segs.

direitos fundamentais constituem meta a ser atingida, vez que a realidade se faz muito diversa em relação ao Texto analisado.

Sobre a essencialidade dos direitos fundamentais dentro da Constituição, Sarlet afirma que: “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento da Constituição material”<sup>9</sup>.

Diante da nova perspectiva dos direitos fundamentais orientada pela Constituição Federal, muito diversa das Constituições brasileiras anteriores, pode-se sugerir um conceito de direitos fundamentais, no qual irá se basear o trabalho.

Direitos Fundamentais são o conjunto de direitos que asseguram o bem-estar e a perspectiva emancipatória do cidadão brasileiro e do estrangeiro em território nacional, reconhecidos institucionalmente pelo texto constitucional e, portanto, com limitações espaciais e temporais, direitos estes que estão na base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, são direitos essenciais para a manutenção da democracia no país, devendo ser interpretados de acordo com os princípios da República (artigos 1º a 4º da Constituição).

Assim, percebe-se a dimensão programática dos direitos fundamentais (especialmente dos direitos sociais), que envolvem a realização de uma situação ideal de emancipação dos cidadãos dentro do Estado. O conceito de cidadão inserido na formulação deve ser lido de forma ampla, indicando a participação do indivíduo não só no processo eleitoral, mas também “sujeito ativo na cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito”<sup>10</sup>. Quer dizer, o sujeito de direito também é responsável pela garantia dos seus direitos, tendo ampla possibilidade de exercer sua cidadania no Estado Democrático para usufruir e ampliar os direitos mínimos a ele outorgados pela Carta Constitucional. Tal possibilidade é válida também para os estrangeiros que aqui residem, conforme artigo 5º, *caput*, da

---

<sup>9</sup> *idem, ibidem*, pg. 61/62.

<sup>10</sup> CLÉVE. Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, pg.16.

Constituição e para os que aqui estão de passagem, visto que as regras de direitos fundamentais devem ter a interpretação mais ampla possível.

Fixado um conceito nuclear para os direitos fundamentais, cumpre indicar algumas características destes, estudadas pela doutrina e que ajudam na identificação e compreensão de seu conteúdo.

Muitas são as características dos direitos fundamentais, havendo divergência em algumas delas dentro da doutrina. Basicamente, vai-se adotar a orientação dada por Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>11</sup>. Este autor elenca seis características mais freqüentes que aparecem no contexto dos direitos fundamentais: absolutismo e universalidade, historicidade, inalienabilidade e indisponibilidade, constitucionalização, vinculação dos poderes públicos e aplicabilidade imediata.

A característica do absolutismo e universalidade não deve ser tomada de forma ampla. A universalidade envolve o aspecto da titularidade dos direitos. Há direitos que realmente são inerentes a todo e qualquer ser humano, como o direito à vida e à liberdade. Porém, outros direitos fundamentais referem-se a determinados grupos de pessoas, como o direito dos trabalhadores. No âmbito do Texto Constitucional há uma minoria de direitos absolutos, observa-se, sim, a consolidação dos direitos historicamente determinados.

Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que:

“O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> in *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pg.118.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 11ª ed., São Paulo: Campus, 1992, pg.18

Também não há como afirmar que existem direitos absolutos, porque o ordenamento jurídico, muitas vezes, exige uma opção por parte do intérprete na aplicação de dispositivos que são concorrentes entre si num determinado caso concreto. Os direitos fundamentais, portanto, também sofrem limitações dentro do ordenamento jurídico para respeitar os valores em questão.

Outra característica dos direitos fundamentais diz respeito à historicidade. Em contraposição à corrente jusnaturalista, os direitos fundamentais derivam de uma evolução histórica que consolida e suprime garantias ao longo da sua trajetória. A Constituição Federal de 1988 concretizou direitos que foram conquistados historicamente e também direitos que foram violados, pelo regime ditatorial, no passado recente do país. Vários fatores históricos, portanto, deram ensejo às garantias (aqui mencionada de forma ampla, envolvendo os direitos e as garantias fundamentais) trazidas pela atual Constituição. A historicidade torna-se aspecto importante na leitura dos direitos fundamentais.

Quanto à inalienabilidade e indisponibilidade, há certos direitos que são realmente inalienáveis e indisponíveis, porém há alguns que permitem certa disposição, sempre com limitações que garantam a essencialidade do direito. Para José Afonso da Silva, todos os direitos fundamentais são indisponíveis.<sup>13</sup>

A constitucionalização é característica essencial para a hermenêutica dos direitos fundamentais. A Constituição Federal prevê um capítulo específico para tratar “dos direitos e garantias fundamentais”, dando aos mesmos *status* de norma orientadora de todo ordenamento jurídico.

O sistema dos direitos fundamentais estabelecido na Constituição contém uma fundamentalidade formal e outra material<sup>14</sup>. São direitos de fundamentalidade formal porque, além de fazerem parte do ápice do ordenamento jurídico, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento legislativo diferenciado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional.

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ªed., São Paulo: Malheiros, 1999, pg.185.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, obra citada, pg.80 e segs.

Os direitos fundamentais, em sentido material, têm como característica a proteção da pessoa humana<sup>15</sup> (visão substancial da norma). Assim, podem haver direitos além do texto constitucional que se caracterizem como direitos fundamentais. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de integração de outros direitos fundamentais no § 2º do artigo 5º da Constituição. A fundamentalidade material reflete as condições políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade no momento em que vigem os direitos “eleitos” para constarem do catálogo.

A vinculação dos poderes públicos é característica essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. Não significa apenas uma auto-limitação dos poderes constituídos, mas a obrigação de observarem as normas orientadoras daqueles direitos dentro da esfera de suas competências. A vinculação do Estado será analisada no capítulo seguinte, quando se fizer referência à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Por fim, a característica da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais envolve o debate em torno do artigo 5º, § 1º da Constituição. Este dispositivo estabelece a força vinculativa das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, não havendo necessidade da intermediação legislativa para que tal vinculação se dê. A Constituição não estabelece somente uma carta de intenções, mas normas diretamente aplicáveis<sup>16</sup>.

### **I.3. Estrutura e dimensões**

Os direitos fundamentais formam um sistema dentro da Constituição e devem ser interpretados, em primeiro lugar, de acordo com os princípios constitucionais e princípios gerais de direito. Depois, as normas de direito

---

<sup>15</sup> Há discussão na doutrina sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. Nem todos os autores prescrevem a corrente de que todos os direitos fundamentais derivam da dignidade da pessoa humana, já para outros, este princípio permeia todo o sistema dos direitos fundamentais. Esta discussão será retomada adiante.

<sup>16</sup> A maioria da doutrina pátria entende que o referido dispositivo abrange todos os direitos fundamentais, enquanto que João Pedro Gebran Neto admite somente a validade do dispositivo para os direitos previstos no artigo 5º, de modo a imprimir a maior eficácia possível ao dispositivo. Também Vieira de Andrade admite a aplicabilidade imediata somente dos direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, deixando de lado os direitos prestacionais dependentes de regulação legislativa. O tema será retomado adiante.

fundamental orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Adotar-se-á aqui a definição de sistema jurídico dada por Juarez Freitas: “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior”.<sup>17</sup>

A Carta Magna reserva o Título I para os princípios fundamentais da República, deixando-os em posição privilegiada na hermenêutica constitucional. Assim, os princípios republicanos informam todo ordenamento jurídico, inclusive os direitos fundamentais, que deles mais se aproximam.

Dentre os princípios adotados pelo texto constitucional, interessa aqui, mais especificamente, os princípios da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF) e da cidadania (art.1º, I da CF).

O princípio da cidadania é pouco referido na doutrina quando esta trata dos direitos fundamentais, mas é de grande importância porque envolve a participação do sujeito de direito no processo de tutela dos seus direitos. Está diretamente ligada com a noção de democracia, como espaço que propicia o exercício da cidadania. O cidadão é antes de tudo um sujeito histórico, construtor de seu próprio futuro, detentor da faculdade de lutar para concretizar a Constituição Formal.

O ordenamento jurídico prevê instrumentos de participação dos cidadãos de forma direta nas decisões estatais, enriquecendo o Estado Democrático (que vai além da democracia representativa para torná-la participativa), tais como a iniciativa popular na elaboração das leis e a possibilidade de consulta popular através do plebiscito e do referendo (art.14 da CF).

O cidadão é o receptor de todo o sistema de direitos fundamentais desenvolvido pela Constituição, portanto, sua participação no processo democrático é fundamental para a transformação social almejada pela sociedade e pelo Estado, ainda

---

<sup>17</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, pg.44.

mais com a previsão dos direitos sociais, que necessitam, em maior grau, da cidadania participativa.<sup>18</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o de maior destaque no estudo dos direitos fundamentais, pois se pulveriza por todo o texto constitucional e faz com que todo o ordenamento jurídico esteja comprometido com a realização dos direitos fundamentais.

A dignidade humana é atributo inerente a todo e qualquer ser humano, que dele não pode dispor. O ser humano possui poder de autodeterminação e uma esfera particular intangível por parte dos poderes constituídos. O conceito de dignidade humana é vago e seu conteúdo pode sofrer alterações, mas este fato é necessário e saudável para que o conteúdo do princípio possa evoluir. Este possui, assim, abertura para os valores existentes na sociedade, já que a ordem constitucional é pluralista e aberta.

Dessa forma, refuta-se a concepção puramente jusnaturalista na interpretação do princípio, que possui uma dimensão natural e outra cultural, conforme leciona Sarlet: “a dimensão natural e cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente. É justamente neste sentido que assume relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais”.<sup>19</sup>

Essa dimensão natural e cultural do princípio reflete a posição do Estado quando trata de direitos de defesa e de direitos prestacionais, pois os direitos de defesa atuam como limite ao poder estatal e os direitos prestacionais exigem do Estado tarefas para realização desses direitos. A divisão entre direitos de defesa e direitos

---

<sup>18</sup> Sobre a participação do cidadão na Administração Pública, ver trabalho do Professor Clémerson Merlin Clève, em obra já citada.

O conceito de cidadania, assim como o de direitos humanos foi evoluindo através da História. A Grécia foi o berço da noção cidadania, apesar de ser uma cidadania excludente. O Professor Agostinho Ramalho Marques Neto, em palestra proferida na Faculdade de Direito da UFPR (“Cidadania e Democracia: a violência da exclusão neoliberal”), em setembro de 1999, afirmou que o conceito de cidadania se forja a partir de um movimento excludente, que com o tempo vai se alargando, até a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Hoje ocorre um refluxo no Brasil: exclusão da democracia de direitos conquistados ao longo dos séculos por conta da política neoliberal. E, ainda, fez um questionamento interessante: que preço da exclusão, a nossa inclusão custa?, refletindo sobre a necessidade de um redimensionamento ético dos cidadãos.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. obra citada, pg. 107.

prestacionais não é estanque, como se verá no capítulo seguinte, mas orienta a forma de interpretação do princípio em questão.

Conforme assinalado anteriormente, os direitos fundamentais formam um sistema dentro do texto constitucional e devem ser interpretados com uma unidade de sentido, unidade esta dada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como leciona Vieira de Andrade: “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.<sup>20 21</sup> O que difere é o grau de vinculação dos direitos fundamentais ao princípio, já que os direitos podem exigir tarefas estatais ou apenas abstenção, por parte do Estado, na esfera de autodeterminação do indivíduo.

Dentro da estrutura do sistema de direitos fundamentais, unificados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se visualizar uma dimensão subjetiva e outra objetiva.

A dimensão subjetiva refere-se à circunstância de que as normas de direitos fundamentais conferem ao indivíduo um direito subjetivo, ou seja, uma pretensão a que se adote um dado comportamento por parte do destinatário.

O professor Canotilho explica a dimensão subjetiva da seguinte maneira: “diz-se que uma norma garante um *direito subjectivo* quando o titular do direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objeto do direito”.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. obra citada, pg.102. Esta não é a posição de Ingo W. Sarlet, para quem existem direitos fundamentais não ligados ao princípio. Este autor afirma que: “o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar, mas não exclusivo para a construção de um conceito material de direitos fundamentais” (obra citada, pg.117).

<sup>21</sup> O autor Fernando Ferreira dos Santos também comunga do entendimento segundo o qual o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais. (*Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999, pg.97).

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pgs. 532/533.

Pela explicação acima, pode-se concluir que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais envolve o exercício do direito de forma individual, pela formação da relação trilateral. Mesmo os direitos coletivos pressupõem a existência de direitos individualmente considerados. A Constituição Federal atribui titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos, mas a finalidade da norma é a proteção do ser humano individualmente considerado.<sup>23</sup>

O direito subjetivo pode ser exercido de três maneiras: exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem ou a competência dada pela norma para modificação de determinadas posições jurídicas.<sup>24</sup>

Ver-se-á adiante, que o grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados é diferente, de acordo com a classificação do direito e que o direito subjetivo pode conter diversas formas de pretensões e diversos destinatários.

Com efeito, a noção de direito subjetivo é de extrema importância no estudo da efetividade dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva, ao contrário da subjetiva, que envolve uma perspectiva individualista, significa que as normas de direitos fundamentais contêm valores que fornecem diretrizes para a atuação estatal (eficácia dirigente).

A compreensão da perspectiva objetiva é fundamental no estudo da eficácia das normas de direito fundamental, já que ela se desdobra na eficácia irradiante, quer dizer, interpretação do direito infraconstitucional conforme os direitos fundamentais, e na eficácia horizontal, ou seja, os direitos fundamentais também devem ser observados nas relações privadas.<sup>25</sup>

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve necessidade de que a dimensão objetiva assumisse papel importante na interpretação e aplicação das normas, pois os direitos fundamentais, somente como direitos subjetivos, não deram conta da necessidade ampla de efetividade dos direitos fundamentais sociais, que exigem uma estrutura mais racional.

---

<sup>23</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg. 156.

<sup>24</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Bonet, obra citada, pg.152.

Assim, a dimensão objetiva não corresponde, necessariamente, a uma dimensão subjetiva dentro da norma de direito fundamental (embora a todo direito subjetivo corresponda um dever objetivo de abstenção e/ou atuação por parte dos poderes públicos). Há, então, uma dimensão jurídico-positiva autônoma (objetiva), conforme leciona Sarlet<sup>26</sup>. Essa dimensão autônoma, além de desencadear a eficácia irradiante e a eficácia horizontal das normas de direito fundamental, serve de parâmetro para o controle da constitucionalidade das leis e dos atos estatais, estabelece deveres de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, estabelece garantias institucionais de proteção contra a ação erosiva do legislador, estabelece, inclusive, restrições aos direitos fundamentais para preservar o interesse coletivo, mantendo o núcleo essencial do direito, entre outras funções que podem surgir pela hermenêutica constitucional.

Em suma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais estabelece princípios e regras valorativas que permeiam todo o ordenamento jurídico e devem ser seguidos tanto pelo Poder Executivo, como pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário, além dos particulares.

A nova hermenêutica que vem sendo construída para o sistema dos direitos fundamentais, pela doutrina mais atualizada, tenta, de todas as formas, aproximar as normas constitucionais da realidade social. A dimensão objetiva, como visto, tem papel fundamental nesta seara.

#### **I.4. Classificação doutrinária e legal**

Os direitos fundamentais possuem diversas funções dentro do texto constitucional, além das dimensões objetiva e subjetiva analisadas no item anterior. A doutrina indica a teoria de Georg Jellinek como a base para as classificações dos direitos fundamentais, pela característica de abstração e demonstração das funções exercidas pelos mesmos.

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg. 148.

<sup>26</sup> *idem, ibidem*, pg.144.

Este publicista alemão formula a “teoria dos quatro *status*”, indicando quatro espécies de situações jurídicas (*status*) do indivíduo. Na leitura feita por Robert Alexy<sup>27</sup>, *status* para Jellinek é uma relação entre o Estado e o indivíduo e não deve ser confundida com direito. São eles: *status pasivo* ou *subjectionis*, *status negativo* ou *libertatis*, *status positivo* ou *civitatis* e *status activo* ou *de la cidadania activa*.

O *status pasivo* refere-se à situação de submissão do indivíduo frente ao Estado, dentro de uma esfera de dever individual. Já o *status negativo* consiste numa esfera de liberdade individual, cujo espaço contém ações dos administrados juridicamente relevantes para o Estado. A relação entre o status passivo e o negativo está em que toda negação de uma liberdade, pertencente ao conteúdo do status negativo, conduz a um mandato ou proibição de igual conteúdo que pertence ao status passivo (e vice-versa).

O *status positivo* conduz o Estado a reconhecer ao indivíduo a capacidade jurídica de reclamar para si o poder estatal, a fim de utilizar as instituições estatais, isto é, outorga ao indivíduo pretensões positivas. É um reflexo do status negativo.

Por fim, o *status activo* fornece ao indivíduo capacidades que se encontram fora de sua liberdade natural, como o direito de voto, por exemplo. O status ativo contém competências para a participação na vontade estatal.

A teoria de Jellinek foi alvo de inúmeras críticas, como a abstração e o formalismo, mas serve para identificar as diversas formas de situações jurídicas que podem ser vivenciadas pelos titulares dos direitos fundamentais.

Robert Alexy<sup>28</sup>, analisando os direitos fundamentais como direitos subjetivos, verifica que as normas de direito fundamental atribuem ao indivíduo posições jurídicas subjetivas, que são: direitos a algo, liberdades e competências.

Os direitos a algo envolvem tanto direitos a ações negativas como positivas por parte do Estado. Os direitos a ações negativas consistem em que o Estado

---

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pg.247/266.

não dificulte determinadas ações do titular do direito; direitos a não afetação pelo Estado de determinadas propriedades ou situações do titular; direitos a determinadas posições jurídicas do titular, que não podem ser eliminadas pelo Estado. Já os direitos a ações positivas envolvem direitos a prestações materiais e direitos a prestações normativas.

As liberdades consistem na possibilidade do indivíduo agir ou não agir de determinada forma, por não existirem proibições ou ordens de atuação, sendo que a norma constitucional pode estabelecer direitos a uma ação negativa pelo Estado para não obstaculizar o exercício da liberdade, competência para reparar violações à liberdade, e direitos a prestações fáticas para fruição da liberdade.

Por fim, as competências possibilitam a capacidade de modificar situações jurídicas, como, por exemplo, contrair matrimônio.

Essa classificação estabelece de forma precisa as diversas formas pelas quais os direitos fundamentais podem se apresentar, auxiliando na análise do plano da eficácia dos mesmos.

A classificação a ser adotada aqui, sob o ângulo funcional, por estar mais próxima da finalidade do presente trabalho, é a proposta por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>29</sup>. Este autor sugere a divisão em direitos de defesa e direitos a prestações, que podem ser em sentido amplo, envolvendo os direitos à proteção e à participação na organização e no procedimento, ou em sentido estrito.

Os direitos de defesa estabelecem uma competência negativa do Estado, que não pode intervir na esfera individual protegida (plano objetivo), e um poder de exercício pelos titulares, para exigir omissões dos poderes públicos (plano subjetivo). A função defensiva dos direitos fundamentais não implica exclusão total do Estado, mas a formalização e limitação da sua atuação, pois somente a intervenção em desconformidade com a Constituição caracteriza efetiva agressão. Integram os direitos de defesa, os direitos de primeira dimensão, além da maior parte dos direitos políticos, das garantias fundamentais e parte dos direitos sociais.

---

<sup>28</sup> *idem ibidem*, pgs. 186/245.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg. 170.

Quanto aos direitos a prestações, Sarlet afirma que: “os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação”.<sup>30</sup>

Os direitos a prestações em sentido amplo têm natureza residual e abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não-fáticas. São direitos que dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal e envolvem os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento.

Direitos de proteção referem-se às “posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais”.<sup>31</sup> São direitos que decorrem da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, sendo que o objeto de proteção envolve as diversas facetas da dignidade da pessoa humana.

Os modos de realização desses direitos são vários: produção de normas penais e procedimentais, atos administrativos e, inclusive, atuação concreta dos poderes públicos. A proteção deve se dar quando a ameaça for efetiva e o dano considerável. O poder público tem discricionariedade na opção das medidas de proteção, não podendo ser invocado um direito subjetivo de proteção, já que este depende de previsão específica do direito objetivo.

Quanto aos direitos à participação na organização e no procedimento, estão vinculados também aos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que são considerados parâmetros para a elaboração de estruturas organizatórias e procedimento, servindo também como diretriz para aplicação e interpretação das normas procedimentais. Dentro desses direitos, encontra-se a possibilidade de exigir-se do Estado a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos para eficácia dos direitos fundamentais, assim como exigir medidas que garantam aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento.

---

<sup>30</sup> *idem, ibidem*, pg.191.

<sup>31</sup> *idem, ibidem.*, pg.195.

Resta falar ainda dos direitos à prestação em sentido estrito, que são aqueles intimamente ligados à questão social e pressupõem um comportamento ativo do Estado para exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva. Envolvem os direitos sociais, mas não todos, pois existem direitos sociais como direitos de defesa. É a classe de direitos que envolve maior discussão na seara da eficácia, justamente por se reconhecer ou não, quanto a eles, um direito individual subjetivo a prestações materiais estatais, questão que será retomada no momento oportuno.

Canotilho<sup>32</sup> também faz a divisão entre direitos de defesa e direitos a prestações, subdividindo estes em direitos derivados a prestações e direitos originários a prestações (dentro da categoria de direitos fundamentais como direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais). Essa classificação também é significativa para a terceira parte deste trabalho e complementa a classificação anterior.

Os direitos derivados a prestações consistem no direito dos cidadãos de igual participação nas prestações realizadas pelo Estado para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as conquistas já obtidas pelos titulares dos direitos a prestações não podem ser suprimidas, evitando o retrocesso social.

Os direitos originários a prestações existem quando se reconhece simultaneamente um dever do Estado na criação de medidas materiais necessárias ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade do cidadão de exigir, imediatamente, as prestações constitutivas desses direitos. Envolvem a questão da reserva do possível para efetivação desses direitos, ou seja, uma dependência dos recursos econômicos por parte do Estado.

As classificações apresentadas ajudam na compreensão das diversas funções dos direitos fundamentais e não podem ser tomadas de forma estanque. Mesmo os direitos prestacionais, muitas vezes, possuem também conteúdo de direitos de defesa, ordenando o Estado a agir até determinado ponto para não afetar certa margem de liberdade individual.

---

<sup>32</sup> CANOTILHO, obra citada, pg.541 e segs.

Passa-se agora para a classificação dos direitos fundamentais na Constituição, relacionando-os com a classificação exposta.

Na Constituição temos os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, além das garantias constitucionais.

Os direitos individuais e coletivos, previstos no artigo 5º, correspondem aos clássicos direitos de liberdade, exercendo, primordialmente a função de defesa, podendo, porém, existir direitos de acentuada dimensão social, como o direito de propriedade, e também direitos a prestações.

Já os direitos sociais envolvem tanto direitos de defesa como direitos prestacionais. O direito de greve é um exemplo de direito social com função defensiva.

Os direitos de nacionalidade e os direitos políticos possuem função defensiva, tendo origem nos direitos de matriz liberal-burguesa.

Quanto às garantias constitucionais, estas diferem dos direitos propriamente ditos porque são instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, embora formalmente equivalham a estes. Existem as garantias fundamentais (direitos-garantia) e as garantias institucionais, que não outorgam ao indivíduo direitos subjetivos autônomos, embora haja exceções. As garantias fundamentais são autênticos direitos subjetivos, assegurando ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes (direitos a prestações). As garantias institucionais são típicos direitos de defesa.<sup>33</sup>

As classificações aqui expostas terão papel fundamental na análise da eficácia dos direitos fundamentais, mais especificamente dos sociais, finalidade deste trabalho. Serão mencionadas sempre que necessário.

## **I.5. Restrições e colisões de direitos fundamentais**

Outro aspecto importante no presente estudo diz respeito às restrições e colisões dos direitos fundamentais, já que estes não são direitos que

possam ser exercidos de maneira absoluta, quer pelo respeito a outros direitos fundamentais, quer pelo respeito a valores coletivos.

Para a análise das restrições e colisões, é necessário que se estabeleça o âmbito de proteção dos direitos através de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Gilmar Mendes afirma que “a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva”.<sup>34</sup>

Assim, a Constituição Federal prevê restrições legais (restrição mediata), mas também impõe restrições diretamente aos direitos fundamentais (restrição imediata). Tanto as restrições mediatas como as imediatas assumem papel importante para a efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que a utilização de fórmulas vagas e conceitos indeterminados pode ensejar arbítrio por parte do legislador.

Quando a Constituição não expressa a previsão de reserva legal, o legislador não pode, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção. Conforme posicionamento da Corte Constitucional Alemã: “apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e a sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal”.<sup>35</sup>

O artigo 5º da Constituição contém vários dispositivos prevendo a reserva legal, como os incisos VI e XV. Também contém dispositivos que restringem diretamente direitos previstos, como o direito de propriedade, que está restrito a observar a função social. (incisos XXII e XXIII).

---

<sup>33</sup> Classificação orientada por Ingo W. Sarlet., obra citada, pgs.182 e segs.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *in Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pg.212/213.

<sup>35</sup> *idem, ibidem*, pg.240.

A restrição a um direito fundamental não pode ultrapassar certos limites, sob pena de desvirtuar totalmente o direito. Para evitar isso, a Constituição Portuguesa e a Lei Fundamental Alemã prevêm expressamente o princípio da proteção ao núcleo fundamental. No Brasil não há previsão expressa, mas implícita, decorrente da supremacia Constitucional e da importância do sistema de direitos fundamentais adotado pela Constituição.<sup>36</sup>

Alexy apresenta as teorias subjetivas do conteúdo essencial do direito fundamental, que podem ser absolutas ou relativas. Segundo a teoria absoluta, existe um núcleo de cada direito fundamental que, em nenhum caso, pode ser afetado. Já para a teoria relativa, a garantia do conteúdo essencial se define em cada caso, reduzindo-se ao princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria o mínimo insuscetível de restrição ou redução com base no processo de ponderação.<sup>37</sup>

A colisão de direitos fundamentais é problema que passa também pelo âmbito de proteção desses direitos. É decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares (colisão em sentido amplo), ou conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade (colisão em sentido estrito).

A solução para o conflito decorrente da colisão de direitos individuais não passa necessariamente pela hierarquia normativa, porque muitas vezes as normas estão no mesmo nível hierárquico. A melhor forma de resolver o conflito está na concordância prática, ou seja, na solução dos conflitos, em que cada um dos valores jurídicos conflitantes ganhe realidade<sup>38</sup>. O princípio da dignidade da pessoa humana assume relevo nesta tarefa.

---

<sup>36</sup> STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pg. 142.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert., obra citada, pg. 288.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar, obra citada, pg.280 e segs.

## I.6. Interpretação e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais

Antes de adentrar no tema específico da eficácia dos direitos fundamentais, são necessárias algumas definições terminológicas e esclarecimento sobre a hermenêutica desses direitos.

Em primeiro lugar, deve-se estabelecer a diferença dos conceitos de existência, validade e eficácia das normas jurídicas, a fim de dar maior precisão aos termos empregados no presente trabalho.

A existência da norma jurídica “é o modo pelo qual ela ingressa no mundo jurídico, decorrendo de um processo válido e regular, desenvolvido em estreita obediência às regras constitucionais. No que se refere às normas constitucionais, sua existência pode decorrer do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado”.<sup>39</sup> A existência relaciona-se, portanto, ao aspecto formal de produção da norma jurídica. Uma norma existe quando está vigente no ordenamento jurídico.

Já a norma válida é aquela que está em conformidade com a norma hierarquicamente superior a ela dentro do sistema jurídico. A Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico e que lhe dá unidade.<sup>40</sup> As normas infraconstitucionais, para serem válidas, precisam concordar com as normas constitucionais, que lhes dão sentido. Uma norma pode estar vigente dentro do ordenamento jurídico (regularmente promulgada e publicada), mas ser inconstitucional e, portanto, inválida. Só que a norma só perde a validade quando declarada a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Enquanto isso não ocorre a norma possui presunção de validade.

A validade relaciona-se com o aspecto material de produção da norma, pois a avaliação faz-se quanto ao seu conteúdo em relação à norma superior.

O conceito de eficácia aqui empregado será aquele orientado por José Afonso da Silva<sup>41</sup>. Segundo este autor, a eficácia pode ser jurídica ou social<sup>42</sup>. A

---

<sup>39</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. A busca de uma exegese emancipatória*, Curitiba, 2001, 182 f. Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, pg.105

<sup>40</sup> conforme Flávia PIOVESAN, obra citada, pg. 46.

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pg.55/56.

eficácia jurídica é a qualidade da norma de produzir efeitos jurídicos, em menor ou maior grau. Já a eficácia social ou efetividade envolve a observância social da norma, que é reconhecida e aplicada. O autor esclarece, ainda, que: “os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas, percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos”<sup>43</sup>.

A aplicabilidade das normas jurídicas relaciona-se diretamente com o conceito de eficácia jurídica; são dois aspectos do mesmo fenômeno. Novamente a lição de José Afonso da Silva: “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz (...). Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”<sup>44</sup>.

Para Kelsen, o mínimo de eficácia é condição para a vigência da norma. Quando uma norma fica ineficaz por determinado tempo, perde a vigência dentro do ordenamento jurídico. Há uma conexão entre os conceitos de vigência e eficácia, sendo que a vigência vem antes da eficácia (ordem cronológica)<sup>45</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, a norma só deixa de vigorar quando é expressamente revogada por outra. O que para Kelsen seria saída de vigência da norma é, na verdade, o seu desuso, mas, formalmente, a mesma continua a vigorar enquanto não revogada por outra.

Uma vez definidos os conceitos, torna-se importante mencionar a diferença entre regras e princípios (ambos inseridos no conceito de norma), tendo em vista a preocupação com a atividade interpretativa das normas de direitos

---

<sup>42</sup> Considera ainda o presente trabalho a eficácia horizontal e vertical em relação aos direitos fundamentais, além de outras possíveis como a eficácia irradiante e dirigente.

<sup>43</sup> *idem, ibidem*, pg.56.

<sup>44</sup> *idem, ibidem*, pgs.49/50.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1987, pg.11/12

fundamentais. Várias são as formas de diferenciá-los. Falar-se-á da distinção feita por Robert Alexy<sup>46</sup>, ainda que rapidamente.

Pelo critério de generalidade, os princípios são normas de alta generalidade, enquanto que as regras possuem um nível mais concreto de realização. Porém, a diferença entre regras e princípios não é apenas gradual, como pode parecer, mas também é qualitativa.

Os princípios são tomados como mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podendo ser cumpridos em diferentes graus e a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também jurídicas<sup>47</sup>.

Já as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível. Se uma regra é válida, deve ser feito exatamente o que ela prescreve.

Assim, os princípios são razões *prima facie*, enquanto as regras são razões definitivas (com exceções). Enquanto os princípios podem valer para um caso e não valer para outro, as regras estabelecem um direito definitivo. Com esse mecanismo, evita-se o enfraquecimento da força jurídica dos princípios e mantém-se a abertura do sistema.

Com todo o exposto nesse item, pode-se passar para a análise da atividade de interpretação das normas de direito fundamental, imprescindível para o desenvolvimento da questão da eficácia.

O trabalho adota o conceito de sistema jurídico fornecido por Juarez Freitas, conforme já mencionado<sup>48</sup>. Este autor utiliza a interpretação tópico-sistemática, conciliando o método sistemático e tópico na interpretação das normas. O método exclusivamente sistemático não dá conta de resolver todos os conflitos que

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, obra citada, pg.81 e segs.

<sup>47</sup> “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios 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 mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios e reglas opuestos” (obra citada, pg.86).

<sup>48</sup> ver item 3 do presente capítulo.

possam surgir dentro do sistema, sendo que a tópica deve ser utilizada nesses casos. Desse modo, mantém-se a unidade do ordenamento jurídico sem deixar de analisar questões específicas, atendendo aos critérios de justiça.

A par da interpretação adotada, vários elementos podem ser analisados na atividade interpretativa das normas de direitos fundamentais, segundo a formulação de Savigny<sup>49</sup>. Os elementos são: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. O elemento gramatical dá o primeiro sentido da interpretação, ao mesmo tempo em que limita o arbítrio do intérprete. O elemento histórico busca o sentido da lei interpretada na sua origem e o elemento sistemático observa a norma dentro do ordenamento jurídico, que norteia a interpretação da mesma. Por fim, o elemento teleológico visa revelar o fim da norma, o valor que é objeto de tutela.

Ainda, é necessário observar os diversos princípios constitucionais na interpretação das normas tanto constitucionais como infraconstitucionais<sup>50</sup>.

Entre os princípios refletores estão o princípio da supremacia da Constituição, da presunção da constitucionalidade das leis, da interpretação conforme a Constituição e da razoabilidade e proporcionalidade. Os princípios imanentes compõem-se do princípio da unidade da Constituição, da força normativa da Constituição, da concordância prática e da máxima efetividade. Alguns desses princípios já foram mencionados, outros serão explicitados quando necessário ao desenvolvimento do trabalho.

A interpretação proposta aqui não se resume à mera subsunção da norma ao caso concreto. A atividade interpretativa deve utilizar os elementos interpretativos, mas não deve ficar restrita a eles. A norma faz parte do mundo do dever-ser, porém não se pode desprezar a múltipla gama de fatores do plano do ser na elaboração da mesma. O intérprete precisa observar os fatores sociais que levaram à positivação de determinados direitos fundamentais em detrimento de outros e ficar

---

<sup>49</sup> De acordo com a indicação de Gebran Neto, obra citada, pg.55.

<sup>50</sup> Gebran Neto (obra citada, pg. 82) fala em princípios imanentes (referentes à interpretação da própria Constituição) e princípios refletores (referentes à interpretação das normas infraconstitucionais).

atento ao contexto histórico e social, dentro do qual a norma será aplicada a fim de realizar o direito<sup>51</sup>.

Plauto Faraco de Azevedo observa que: “toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> No esforço de explicar a interpretação das normas constitucionais, Eros Roberto Grau levanta a questão de que: “a aplicação do direito, e este ato supõe interpretação, não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu evoluir em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela. A Constituição é um dinamismo”. (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pg. 183).

<sup>52</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, pg.15.

## Capítulo II. A eficácia dos direitos fundamentais

### II.1. Classificação das normas constitucionais quanto à eficácia

O estudo da eficácia dos direitos fundamentais requer a análise das classificações das normas constitucionais quanto à eficácia. Existem na doutrina várias formas de classificar as normas constitucionais, discussão que teve início na Itália, quando entra em vigor a Constituição Italiana de 1948, um documento normativo de caráter eminentemente programático. Essa característica gerou debate na doutrina acerca da medida da aplicabilidade das normas programáticas.

No Brasil, quem melhor formulou a classificação das normas constitucionais foi José Afonso da Silva, em sua famosa obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”<sup>53 54</sup>. A divisão tricotômica das normas constitucionais se dá da seguinte maneira: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais desde a entrada em vigor da Constituição. Já as normas constitucionais de eficácia contida incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.

Por fim, as normas de eficácia limitada não produzem todos os efeitos essenciais com a entrada em vigor, porque o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade para isso bastante, deixando tal incumbência para o legislador ou outro órgão estatal. Estas normas dividem-se em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas de princípios programáticos.

As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas de eficácia limitada têm aplicabilidade indireta,

---

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. obra citada, pg.72 e segs.

<sup>54</sup> Anteriormente, Ruy Barbosa trouxe para o Brasil a classificação da doutrina norte-americana, que divide as normas em “self executing” (auto-aplicáveis) e not self executing” (não auto-aplicáveis). Essa

mediata e reduzida. Por sua vez, as normas de eficácia contida contêm aplicabilidade direta, imediata e não integral.

Da classificação de José Afonso da Silva, vê-se que a eficácia da norma difere de acordo com a possibilidade de seus efeitos essenciais serem produzidos ou não. As normas programáticas (por ele chamadas de normas de princípios programáticos) necessitam de leis infraconstitucionais para produzirem seus efeitos essenciais, mas isso não quer dizer que essas normas sejam destituídas de eficácia, como será analisado no item seguinte.

Ingo Sarlet fala em densidade normativa para avaliar o grau de eficácia da norma constitucional. Analisando as diversas classificações na doutrina, este autor assevera que: “tendo em vista que a todas as sistematizações propostas sujaz a idéia de que uma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, normatividade suficiente para tanto, não há como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a de eficácia (e aplicabilidade) da norma”.<sup>55</sup>

Outras classificações podem ser mencionadas como a de Luís Roberto Barroso, que difere as normas constitucionais em: de organização, definidoras de direitos e programáticas.<sup>56</sup>

As normas constitucionais de organização têm por objeto organizar o exercício do poder político, instituindo os órgãos de soberania e definindo-lhes competência. Já as normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas que fixam os direitos fundamentais dos indivíduos e as normas constitucionais programáticas traçam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. Estas últimas têm efeitos imediatos e diferidos, que se projetam para o futuro.

Maria Helena Diniz distingue as normas constitucionais em normas com eficácia absoluta, com eficácia plena, com eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável.<sup>57</sup>

---

classificação é incompleta, porque não determina o limite de execução da norma, o que se observa com a classificação de José Afonso da Silva.

<sup>55</sup> SARLET, obra citada, pg. 230.

As normas de eficácia absoluta seriam aquelas intangíveis até mesmo pelo poder constituinte derivado, integrantes das cláusulas pétreas. As normas de eficácia plena têm possibilidade de aplicação imediata, independente de intermediação legislativa. A eficácia relativa restringível corresponde à norma de eficácia contida da classificação de José Afonso da Silva e as normas com eficácia relativa complementável dependem de legislação ordinária, para que surtam seus efeitos essenciais.

Todas as classificações expostas possuem em comum a análise das normas programáticas, normas que não podem ser imediatamente aplicáveis quanto aos seus efeitos essenciais, por necessitarem de intermediação legislativa. Importa indagar até que ponto essas normas ficam dependentes do Poder Legislativo para serem cumpridas. Será que o Poder Judiciário não possui competência para aplicá-las ao caso concreto que a ele seja apresentado?<sup>58</sup>

## II.2. Aplicabilidade – eficácia jurídica

A eficácia jurídica das normas constitucionais, como visto, está na possibilidade de aplicação da norma no mundo do ser. Com relação aos direitos fundamentais, a eficácia jurídica está intimamente ligada com a técnica de posituação da norma e com a função exercida pelo direito (direito de defesa ou direito prestacional), conforme leciona Sarlet<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, pg.88.

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989, pg.97 e segs.

<sup>58</sup> Sérgio Fernando Moro fala em efetivação judicial das normas constitucionais, desprezando inclusive a classificação de José Afonso da Silva por entender que esta cinde a Constituição em duas partes: “uma imediatamente aplicável, no sentido de poder ser imposta coercitivamente pelo Judiciário, outra que permanece inerte, a depender de regulação legislativa, que muitas vezes, nunca virá”. (*Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*”, Curitiba, 2000, 108 f., Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, pg.100). Parece que a divisão tricotômica pode ser utilizada mesmo com a possibilidade do Poder Judiciário criar a solução para o caso concreto através de interpretação construtiva. O tema será retomado na seqüência.

<sup>59</sup> “ao enfrentarmos a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional), nem a sua forma de posituação no texto constitucional, já que ambos os aspectos, a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais” (obra citada, pg.238).

É inquestionável o entendimento de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, mesmo as ditas programáticas, havendo diferença na dimensão da aplicabilidade das referidas normas.<sup>60</sup>

Para o Professor Clèmerson Merlin Clève, toda norma constitucional produz uma “eficácia jurídica de regulação”, com uma dimensão positiva ou negativa.

As normas constitucionais com eficácia jurídica de regulação na dimensão negativa possuem os seguintes efeitos: “(i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)”.<sup>61</sup>

Já na dimensão positiva, as normas constitucionais “(i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição; (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições, se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas, voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar”.<sup>62</sup> Para referido autor, todas as normas produzem idêntica eficácia negativa, mas diferem no grau de alcance quanto à eficácia positiva.

Em relação aos direitos fundamentais, visualiza-se de modo ainda mais profundo a vinculação às normas constitucionais, até pelas características de eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, além da eficácia horizontal e vertical, referidas na doutrina. Os direitos de defesa basicamente contêm todas as

---

<sup>60</sup> José Afonso da Silva, assim como a quase unanimidade da doutrina, repugna a classificação das normas constitucionais em diretivas (programáticas) e preceptivas (obrigatórias), da doutrina italiana, que considera aquelas como normas não jurídicas, dirigidas essencialmente ao legislador. Afirma que: “normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas”. (obra citada, pg.71)

<sup>61</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pg.320/321.

cargas eficácias acima expostas, assim como os direitos prestacionais, embora estes necessitem de maior atenção para sua total aplicação.

Mesmo os direitos fundamentais prestacionais, além de influenciarem todas as normas jurídicas, sempre geram algum tipo de posição jurídica subjetiva em sentido amplo. No mínimo, o direito fundamental gera um direito subjetivo de cunho negativo, ou seja, possibilita ao indivíduo que exija do Estado a abstinência de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.<sup>63</sup> Trata-se da dimensão negativa dos direitos a prestações dentro do ordenamento jurídico.

Na análise da forma de positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional, o que influencia na dimensão da eficácia jurídica, pode-se observar que as normas que consubstanciam os direitos de defesa, em sua maioria, possuem eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as normas definidoras de direitos sociais, quando mencionam a necessidade de lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.<sup>64</sup>

No debate em torno da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, cabe mencionar a interpretação referente ao artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, que diz: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Para maior parte da doutrina pátria o dispositivo alcança todo o Título II do texto constitucional, envolvendo não só os direitos individuais e coletivos do artigo 5º, como os direitos sociais, políticos e de nacionalidade, além de outras normas referentes aos direitos fundamentais que não estejam inseridas no Título II.<sup>65</sup>

Para Flávia C. Piovesan, referido dispositivo impõe “aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e

---

<sup>62</sup> *idem, ibidem*, pg.321.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. obra citada, pg.274.

<sup>64</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, pg.184. Para alguns direitos sociais dependentes de legislação (eficácia limitada) a aplicabilidade pode ser imediata, relativizando a classificação tricotômica, como se verá adiante. Trata-se de proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

<sup>65</sup> Comungam desse entendimento, dentre outros, Ingo W. Sarlet, Flávia C. Piovesan, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Eros Roberto Grau.

vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.<sup>66</sup>

Ingo Sarlet, seguindo o mesmo raciocínio, entende que o referido dispositivo contém um mandado de otimização da eficácia dos direitos fundamentais. Cada ato do Poder Público, dessa forma, deve tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial, sendo que não há disponibilidade por parte do Estado neste campo.<sup>67</sup>

João Pedro Gebran Neto possui entendimento diverso do acima exposto, concluindo pela aplicabilidade imediata apenas dos direitos previstos no artigo 5º. Diz ele que elastecer sua aplicação (a do art.5º, parágrafo 1º) só aparentemente é critério benéfico, “porque ao mesmo tempo que amplia o campo de direitos subjetivos à aplicação imediata, enfraquece e diminui o sentido e conteúdo desta expressão, reduzindo sua força normativa”.<sup>68</sup> O autor faz uma interpretação restritiva do referido dispositivo, argumentando que a Constituição já possui por si só força normativa para vincular os destinatários da norma, sendo que a aplicabilidade imediata referida no artigo 5º, parágrafo 1º, quer dar ênfase aos direitos individuais e coletivos. Entendimento contrário leva a minimizar a eficácia de tal dispositivo.

A previsão do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição foi inspirada no direito comparado. As Constituições espanhola, portuguesa e alemã contêm dispositivos semelhantes. No caso da Constituição Portuguesa, o artigo 18, I, prevê a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias, independentemente da interposição do legislador, estabelecendo a vinculação das entidades públicas e privadas às normas. O texto não inclui os direitos sociais, culturais e econômicos, que necessitam da intervenção legislativa para total aplicação. Embora não estejam sob o mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias, os direitos sociais na Constituição

---

<sup>66</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, pg.57.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg.326.

<sup>68</sup> GEBRAN NETO, obra citada, pg.7.

Portuguesa “não podem deixar de gozar de certas garantias constitucionais que dêem sentido à sua natureza de direitos fundamentais”, não são meras normas programáticas de alcance essencialmente político.<sup>69</sup>

Diante das opiniões expostas, torna-se necessário ao presente trabalho tomar uma posição quanto ao alcance do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Brasileira. Tendo em vista a orientação da Constituição Portuguesa, na qual se inspirou o Constituinte brasileiro, e o alerta feito por João Pedro Gebran Neto, o entendimento aqui esposado é o mesmo trazido por este autor.

A interpretação aparentemente restritiva do referido dispositivo não acarreta prejuízo para os direitos não amparados pela regra, pois a interpretação sistemática do texto constitucional leva à observância dos princípios que a regem. O princípio da máxima efetividade da Constituição por si só tem força para exigir a melhor aplicação dos direitos fundamentais não constantes do artigo 5º da Constituição, pois orienta a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais. Nas palavras de Gebran Neto: “a efetividade está ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição e ao reconhecimento de sua força normativa. As normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância deve deflagrar os mecanismos próprios do cumprimento forçado. A efetividade é a realização concreta no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma”.<sup>70</sup>

Além desse princípio e de outros já mencionados anteriormente, o princípio da força normativa da Constituição deve ser observado. A Constituição não deve estar a mercê dos fatos, pois possui “uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”.<sup>71</sup> Dessa forma, deve estar presente na consciência geral, segundo Hesse, uma “vontade de Constituição”<sup>72</sup>, o que implica a vinculação tanto dos poderes

---

<sup>69</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pg. 127.

<sup>70</sup> GEBRAN NETO, obra citada, pg. 104.

<sup>71</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar F. Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pg. 11.

<sup>72</sup> a conjuntura política brasileira revela que a “vontade de poder”, nas palavras de HESSE, não está congruente com a “vontade de constituição”. As diversas emendas constitucionais realizadas e as reformas que estão por vir demonstram que a força normativa da Constituição está sendo quebrada por interesses menores de determinados grupos que estão no poder. Enquanto isso os direitos fundamentais aguardam a efetividade prometida pela Constituição!

públicos como dos particulares na defesa dos direitos fundamentais, não havendo necessidade de previsão expressa para que se chegue a essa conclusão.

Conseqüência da interpretação restritiva do artigo 5º, parágrafo 1º, é a de que os direitos previstos no artigo 5º podem ser aplicados diretamente pelo juiz, independentemente de intermediação legislativa e, também, independentemente de ajuizamento de Mandado de Injunção. Basta a busca da tutela pelas vias ordinárias, sendo que o juiz pode utilizar-se dos métodos gerais de interpretação e integração do direito, previstos pela Lei de Introdução ao Código Civil, para suprir eventual lacuna.<sup>73</sup>

Os instrumentos previstos pela Constituição para combater a omissão legislativa, quais sejam, o Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, devem ser utilizados sempre que necessário para que direito fundamental não constante do artigo 5º possa ser aplicado. Embora não caiba aqui aprofundar o estudo da utilização desses mecanismos, importante mencionar algumas questões pertinentes à finalidade do trabalho.

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>74</sup> A discussão que cabe inserir aqui se refere à finalidade do Mandado de Injunção e à competência do juiz para substituir o legislador no caso concreto. A doutrina e a jurisprudência divergem na solução da questão.

O Supremo Tribunal Federal, embora com alguns avanços esporádicos, entende que o Mandado de Injunção serve tão somente para cientificar o Poder omissor, para que adote as providências regulamentadoras. Estabeleceu a Corte Constitucional duas hipóteses diferenciadas. Na primeira, quando a prestação dependesse do particular, o STF apenas cientificaria o órgão omissor da necessidade de regulamentação de determinada situação, descabendo inclusive prazo para suprimento

---

<sup>73</sup> conforme Gebran Neto, obra citada, pg. 151.

<sup>74</sup> Interessante observar que justamente este dispositivo constitucional até hoje não possui regulamentação legislativa. Isso não quer dizer que não seja aplicado, já que é garantia constitucional

da omissão, visto que o Tribunal entende que os particulares não podem ser prejudicados pela omissão oriunda do Poder Público.<sup>75 76</sup> Numa segunda hipótese, o próprio órgão omissor seria responsável pela prestação para viabilização do direito. Neste caso, o STF fixou jurisprudência no sentido de que o Poder Público recebe a notificação da omissão e um prazo para cumprimento da regulamentação. Caso haja descumprimento do prazo, o próprio STF regulamenta o caso concreto. Ainda assim, se o impetrado descumprir a regulamentação, a parte deve propor nova ação para cumprimento da regulamentação feita pelo STF.

O entendimento acima referido retira toda a razão de ser do Mandado de Injunção, que serve para oferecer solução ao caso concreto e não apenas para cientificar o órgão omissor sem que haja qualquer sanção pelo descumprimento da ordem.

A doutrina mais atualizada defende a utilização do Mandado de Injunção como instrumento para a concretização de direito fundamental dependente de legislação, relativamente à parte que pleiteia a aplicação do direito. Assim, o juiz, no caso concreto, pode utilizar-se de mecanismos interpretativos e integrativos para oferecer a solução ao caso apresentado, suprindo a falta da lei regulamentadora. Essa competência é possível da mesma maneira que ocorre o controle difuso da constitucionalidade das leis, não havendo ofensa ao princípio da separação dos poderes, até porque a solução dada pelo juiz é individual e específica, ao contrário da lei que é geral e abstrata.

Neste sentido o ensinamento de Eros Roberto Grau:

---

imediatamente aplicável, pela previsão do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição. Utiliza-se analogicamente a Lei do Mandado de Segurança para disciplinar o procedimento do Mandado de Injunção.

<sup>75</sup> Conforme se observa do julgamento do MI 361/94:

“ (...) IV. Mandado de Injunção, natureza mandamental (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando, por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência de norma regulamentadora (v.g., MI 283, Pertence, RTJ 135/882), não seja possível cominar conseqüências à sua continuidade após termo final de dilação assinada”.

<sup>76</sup> essa posição não parece ser a mais correta, visto que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, isto é, vinculam também os particulares na observância das normas referentes a esses direitos, conforme será analisado adiante.

“o juiz não é, tão somente, como já observei neste ensaio, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa, e, bem assim, o membro do Poder Legislativo, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *dever-poder*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele, aliás, é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito”.<sup>77 78</sup>

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo abstrato de controle da constitucionalidade, não se restringindo somente aos direitos fundamentais. Na lição do Professor Clèmerson M. Clève:

“a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão também não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Trata-se, ao contrário, de mecanismo voltado, precipuamente, para a defesa da Constituição. Aliás, para a defesa da integridade da vontade constitucional. É procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o conseqüente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimento da omissão inconstitucional”.<sup>79</sup>

Resta ainda mencionar a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê: “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”. O alcance desse dispositivo também é discutido na doutrina. A Constituição prevê que existem direitos fundamentais além daqueles expressamente contidos no Título II do texto normativo, que podem estar presentes em outras partes do texto constitucional ou em tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil.

---

<sup>77</sup> GRAU, obra citada, pgs. 315/316.

<sup>78</sup> no mesmo sentido posiciona-se Luís Roberto Barroso, obra citada, pg.166.

<sup>79</sup> CLEVE, Clèmerson M. *A Fiscalização...*, pg.339/340.

Essa situação leva a pensar que, além de direitos formalmente previstos, existem direitos fundamentais materiais, que assim são considerados não por estarem localizados topograficamente no Título II da Constituição, mas pelo conteúdo da norma que os contém.

Mais uma vez menciona-se a lição de Ingo Sarlet: “o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo artigo 5º, parágrafo 2º da nossa Constituição Federal é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”.<sup>80</sup>

Esse tipo de disposição também se encontra no direito lusitano. Vieira de Andrade fala em princípio da não tipicidade quanto aos direitos fundamentais, admitindo a existência de direitos fundamentais não expressamente enumerados na Constituição. O autor faz importante alerta para o processo de alargamento desses direitos, que pode exceder-se quando dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e proteção. Esse processo deve ser contido nos limites do razoável para que não provoque o amolecimento e a descaracterização do conceito de direito fundamental.<sup>81</sup>

Tendo em conta esse alerta, os direitos fundamentais materiais são identificados através do princípio da equivalência, ou seja, devem equivaler em conteúdo e dignidade aos direitos fundamentais formais<sup>82 83</sup>. Essa não é uma tarefa fácil, exige um esforço hermenêutico por parte do operador jurídico.

Conforme exposto no capítulo I do presente trabalho, os direitos fundamentais estão unificados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e devem ser identificados a partir desse critério.

---

<sup>80</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg.91/92.

<sup>81</sup> VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pg. 84.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg. 95.

<sup>83</sup> No direito lusitano existem os “direitos análogos”, que não são equivalentes aos direitos fundamentais materiais no direito brasileiro, pois se restringem aos direitos, liberdades e garantias.

No tocante aos tratados internacionais, há quem sustente que os relativos a direitos fundamentais seriam incorporados automaticamente em nosso ordenamento jurídico, através da simples ratificação, sem necessidade de aprovação legislativa e com *status* de norma constitucional.<sup>84</sup> Para o Supremo Tribunal Federal deve haver aprovação pelo Congresso Nacional, pois o Brasil adota a Teoria Dualista nas relações internacionais. Assim, o direito fundamental entra em nosso ordenamento através de decreto legislativo e ratificação pelo Presidente da República.<sup>85</sup>

Por fim, a Constituição Federal prevê os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, no artigo 60, parágrafo 4º, IV. Mais uma vez entabula-se a discussão sobre a abrangência do dispositivo, se somente aos direitos e garantias individuais ou se para todos os direitos fundamentais constantes do texto constitucional. Ficar-se-á com a postura adotada por Sarlet<sup>86 87</sup>, o qual entende que todos os direitos fundamentais estão submetidos aos limites materiais da reforma constitucional através das cláusulas pétreas, com a ressalva de que não há absoluta intangibilidade desses direitos, já que apenas a abolição encontra-se vedada. O Constituinte originário disse menos do que queria dizer, devendo-se fazer uma interpretação ampla neste particular.

---

<sup>84</sup> A doutrina inclina-se para este entendimento, como Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pg.95) e Celso Ribeiro Bastos/ Ives Granda Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, vol.2, 1989, pg.395/396), além de A. A. Cançado Trindade (citado por Flávia Piovesan, obra citada, pg.94)

<sup>85</sup> A jurisprudência da Corte Constitucional brasileira posiciona-se pela internalização dos tratados como legislação ordinária, inclusive quanto aos direitos fundamentais. Veja-se a ADIN 1.480-DF, relator Min. Celso de Mello (Inf. STF nº 135, de 7 a 11/12/98):

“(...) PARIDADE NORMATIVA ENTRE OS ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. (...)”

<sup>86</sup> SARLET, obra citada, pg.80.

<sup>87</sup> Flávia Piovesan (obra citada, pg.90) entende que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, inserem-se nas cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos nem por emenda constitucional.

### II.3. Aplicabilidade – eficácia social ou efetividade

Num outro nível de aplicabilidade da norma situa-se a eficácia social, não mais como possibilidade, mas como efetiva aplicação da norma ao caso concreto. A eficácia social dos direitos fundamentais é, com certeza, o maior desafio no plano da aplicabilidade desses direitos. A dimensão da eficácia social é bem maior que a da eficácia jurídica e leva a alguns questionamentos, inclusive sobre o próprio sistema jurídico e seus mecanismos de tutela dos direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso afirma que “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”<sup>88</sup>.

A efetividade pressupõe, logicamente, a eficácia jurídica das normas. Conforme magistério de Regina Maria M. Nery Ferrari, uma norma pode ter eficácia jurídica sem ter eficácia social, podendo, “após longo período de ineficácia social, vir a ser efetivamente aplicada e observada”<sup>89</sup>.

O âmbito da efetividade dos direitos fundamentais requer a análise do espaço político e social, mais do que do espaço jurídico em si. Vê-se que o sistema dos direitos fundamentais na Constituição Federal, além de jurídico é também ideológico, marcado por escolhas dos representantes do povo na elaboração da Carta Constitucional, os quais foram influenciados pelo momento histórico do fim do regime autoritário no Brasil.

Tendo em vista o contexto histórico brasileiro em 1988, com a retomada da democracia e do Estado Democrático de Direito, houve a positivação de uma ampla gama de direitos fundamentais, imprimindo à Constituição Federal uma carga utópica, com um projeto igualitário e libertário, numa visão altamente prospectiva.

Assim, não se pode esperar que os direitos fundamentais tenham sua eficácia social imediatamente realizada, especialmente os direitos a prestação

---

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto, obra citada, pg. 79.

material. O que se espera é a posição atuante do Estado e dos particulares para a realização efetiva desses direitos.

Numa abordagem crítica, Eros Roberto Grau analisa o conceito de eficácia de maneira um pouco diversa do apresentado até agora. O autor fala em efetividade jurídica ou formal, efetividade material e eficácia. A efetividade jurídica envolve a tarefa dos particulares e do Estado em tornar exequíveis as normas de direito fundamental e a efetividade material corresponde ao sentido de eficácia social aqui utilizado. Já a eficácia refere-se à realização efetiva dos resultados perseguidos pela norma. Diz Eros Grau: “A Constituição não assegura que estas normas (de direito fundamental) tenham *efetividade material* e *eficácia*. Isto é, não garante que as decisões do Poder Judiciário, pela imposição de sua pronta efetivação, sejam executadas pelos seus destinatários, ou seja, não garante que sejam produzidas as condutas requeridas pelas normas individuais por ele, Poder Judiciário, criadas. Nem, de outra parte, garante que se realizem os resultados, fins, buscados por essas normas”<sup>90</sup>.

Diante disso, conclui-se que não se pode deixar somente a cargo do Poder Judiciário a efetividade dos direitos fundamentais. Além dele devem concorrer o Poder Legislativo, o Poder Executivo e os particulares, conforme visto anteriormente.

Toda a sociedade brasileira está vinculada ao projeto utópico (no sentido positivo) de realização dos direitos fundamentais. A própria Constituição prevê a concorrência de toda a sociedade nesta tarefa, como se observa na proteção à criança e ao adolescente, artigo 227: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

---

<sup>89</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pg.23.

<sup>90</sup> GRAU, Eros Roberto, obra citada, pg.320/321.

Ora, uma norma com tal densidade de direitos e deveres não é efetivada de um momento para o outro, veja-se a situação de grande parcela das crianças e adolescentes brasileiros que não possuem acesso sequer à metade dos direitos previstos na norma.

Assim, a Constituição Formal sozinha não desencadeia nenhum processo de mudança social, podendo ser utilizada para reforçar, inclusive, a *ideologia jurídica*, como nos explica Eros Grau: “ideologia jurídica como, tal qual exposta por André-Jean Arnaud (*Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981, pp. 401/406) crença nas virtudes do direito; sua força é a de assegurar a reprodução dos tipos de interação jurídica previstos por quem diz o direito”<sup>91</sup>.

A despeito de uma possível manipulação dos direitos fundamentais por parte dos detentores da produção e da aplicação do Direito para criar uma aparência de legitimidade, a crença positiva na realização do texto constitucional é necessária para que se possa avançar na efetividade desses direitos, pois, conforme explicita Konrad Hesse, há entre a realidade e a normatividade da Constituição uma relação de coordenação, ou seja:

“a Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente das forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas, elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”<sup>92</sup>.

Analisada a necessidade de força normativa da Constituição para a efetividade dos direitos fundamentais, resta observar a possibilidade desta, tendo em

---

<sup>91</sup> *idem ibidem*, pg.322.

<sup>92</sup> HESSE, Konrad, obra citada, pg.15.

vista a função dos direitos fundamentais. Os direitos de defesa, aparentemente, possuem maior possibilidade de produção da eficácia social do que os direitos prestacionais, que necessitam da atuação do Estado na produção de normas e na assistência material.

O direito de liberdade de associação, por exemplo, pode ser efetivado pela simples não ingerência do Estado na organização dos particulares para se associarem. Já o direito à vida possui duas dimensões diversas. Uma negativa, no sentido de que o Estado não pode agir de forma a retirar a vida de alguém. Outra positiva, tendo em vista que a falta de assistência médica para a população que dela necessite, por parte do Estado, pode reflexamente ferir o direito à vida, previsto constitucionalmente. Então, para que se proteja o direito à vida, é necessário que se tenha direito à saúde, que é um direito prestacional.

Por essa razão, não se pode separar as funções dos direitos fundamentais de forma absoluta, pois muitas vezes o próprio exercício de um direito prestacional é requisito para que se assegure eficazmente um direito de defesa<sup>93</sup>.

A eficácia social dos direitos fundamentais, como visto, envolve a concorrência de vários fatores, que não dependem somente do Poder Judiciário. A orientação das políticas públicas, os fatores sociais, bem como a produção legislativa que venha a regulamentar os direitos fundamentais, são condições igualmente importantes nesse mister.

#### **II.4. Eficácia vertical**

Uma das características dos direitos fundamentais refere-se à vinculação dos Poderes Públicos a esses direitos, conforme visto anteriormente. Nisto consiste a eficácia vertical. O conceito de eficácia aqui empregado é mais amplo do que o visto anteriormente; trata-se da eficácia vinculante das normas definidoras dos

---

<sup>93</sup> Clèmerson M. Clève observa que “não basta ser afirmada juridicamente uma liberdade. O uso desta pressupõe a capacidade de gozá-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade de domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio. O direito à educação pressupõe a existência de meios (alimentação, vestuário) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, não poderá ser usufruída”. (em *Temas de Direito Constitucional*, pg.126/127).

direitos e garantias fundamentais, que pode ocorrer na relação entre o Estado e os particulares (eficácia vertical) e na relação entre os particulares (eficácia horizontal, objeto de estudo do item seguinte).

O artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição prevê a aplicação imediata dos direitos previstos neste artigo, conforme já exposto. Isso não quer dizer que os demais direitos fundamentais não devam ser observados pelos Poderes Públicos, em razão quer do princípio da supremacia da Constituição, quer do princípio da máxima efetividade, quer do princípio da força normativa da Constituição. Assim, tanto os direitos individuais e coletivos, como os demais direitos fundamentais vinculam o Poder Público, que fica obrigado a agir em observância a esses direitos.

A vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais não se restringe somente à função dos Poderes Públicos, como explica Canotilho<sup>94</sup>, envolve também a perspectiva organizatória desses poderes e, ainda, estende-se à administração indireta e às pessoas jurídicas privadas que exerçam função estatal.

O Poder Legislativo possui papel preponderante na eficácia dos direitos fundamentais, estando vinculado tanto positivamente como de forma negativa. Em primeiro lugar, não pode o Legislativo editar normas que contrariem as disposições de direitos fundamentais (vinculação negativa), ou seja, lhe é vedado a edição de lei inconstitucional, que atente contra o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Canotilho menciona que “as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, constituem, nesta perspectiva, *normas negativas de competência* porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes”<sup>95 96</sup>.

A vinculação negativa do legislador também se observa na previsão dos direitos fundamentais como limite material de reforma da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º, IV).

---

<sup>94</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pg.579.

<sup>95</sup> *idem, ibidem*, pg.580.

<sup>96</sup> o último capítulo do presente trabalho tratará da proibição do retrocesso como um limite também à atividade legislativa.

Sob outro aspecto, o legislador encontra-se vinculado positivamente, quer dizer, tem o dever de conformação da lei de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direito fundamental<sup>97</sup>, otimizando a sua normatividade e atualidade<sup>98</sup>.

Com a vinculação organizatória do Poder Legislativo, os atos com eficácia externa desse órgão também devem observar os direitos fundamentais. Como exemplo, pode-se citar o exercício das Comissões Parlamentares de Inquérito.

A omissão legislativa é um dos maiores problemas<sup>99</sup> relativos à vinculação do Poder Legislativo, podendo ser atacada através do Mandado de Injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme observado.

Os direitos fundamentais também vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades (incluindo as pessoas jurídicas de direito público na sua atuação na esfera privada, de modo a evitar a possibilidade de “fuga” para o direito privado), na medida em que atuam no interesse público. O Poder Executivo deve interpretar e executar somente as leis em conformidade com aqueles direitos. O não cumprimento destas diretrizes pela Administração pode levar à invalidação judicial dos atos administrativos, através do controle jurisdicional destes.<sup>100</sup>

A polêmica em torno do controle da constitucionalidade da lei em matéria de direitos fundamentais pela Administração suscitou discussão na doutrina. Entram em colisão os princípios da legalidade na Administração Pública e o princípio da supremacia da Constituição. Chegou-se ao consenso de que em primeiro plano não é possível o controle, mas o agente administrativo pode deixar de aplicar a lei caso a aplicação ponha em risco a vida ou a integridade física de outrem, resultando na

---

<sup>97</sup> remete-se aqui à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que orientam todo o ordenamento jurídico na interpretação das normas. Da mesma forma ocorre com a produção das normas infraconstitucionais.

<sup>98</sup> *idem, ibidem*, pg. 580.

<sup>99</sup> Apesar dos mecanismos previstos pela Constituição, a posição conservadora da jurisprudência e a atitude por vezes displicente do legislador têm levado a lacunas que inviabilizam o exercício do direito.

<sup>100</sup> SARLET, obra citada, pg. 331/332.

tipificação de crime. Se não chegar a este extremo, o agente administrativo deve consultar o superior hierárquico a respeito.<sup>101</sup>

O papel do Poder Executivo na realização dos direitos fundamentais é significativo, pois só através das políticas públicas é que muitos direitos podem ser usufruídos pelos administrados. Neste particular, Canotilho fala em vinculação dos “actos do governo”:

“a força dirigente dos direitos fundamentais relativamente ao Poder Executivo impõe-se mesmo perante os tradicionais *actos de governo*, praticados no exercício de uma função política ou governamental. Se, em geral, é difícil dar operatividade prática ao controlo dos actos políticos, parece segura a aplicação destes dois princípios (constitucionalidade e eficácia directa dos direitos fundamentais), com a consequente possibilidade de controlo judicial, quando um ‘acto político’ é, na realidade, um acto administrativo directamente violador de direitos fundamentais”<sup>102</sup>.

Quanto maior for a discricionariedade do ato administrativo, maior deve ser a observância deste com os parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais.

A eficácia vertical dirige-se igualmente ao Poder Judiciário, tanto de maneira positiva como negativa. Os órgãos jurisdicionais não podem aplicar atos normativos contrários à Constituição e aos direitos fundamentais (vinculação negativa), da mesma forma em que exercem o controle sobre estes atos, para avaliar a sua constitucionalidade. Tem-se sustentado, então, que os Tribunais é que definem o conteúdo e o sentido correto dos direitos fundamentais, tanto para si, como para os demais Poderes.<sup>103</sup>

Numa vinculação positiva, os Tribunais e os juízes singulares estão obrigados a aplicar, integrar e interpretar as normas de direitos fundamentais, de

---

<sup>101</sup> Cf. Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Franco e J. J. Gomes Canotilho. Vieira de Andrade (obra citada, pg. 262/263) entende que quando a ofensa ao direito fundamental for evidente é possível rejeitar a aplicação da lei. A ponderação, segundo ele, deve ser feita à luz do caso concreto através do princípio da proporcionalidade.

<sup>102</sup> CANOTILHO, obra citada, pg.585.

maneira a imprimir às mesmas a maior eficácia possível. Da mesma forma, a aplicação das demais leis, ordinárias ou não, deve ser feita em observância ao regime dos direitos fundamentais (dimensão objetiva). Há prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da legalidade. A lei que não respeitar o direito fundamental deve ser declarada inconstitucional e não pode ser aplicada.<sup>104</sup>

Essa vinculação envolve também o âmbito processual, quer dizer, a organização dos Tribunais e o processo judicial devem igualmente observar as normas jusfundamentais.<sup>105</sup>

Na aplicação dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais, o Poder Judiciário debate-se com a falta de densidade e a liberdade de conformação do legislador, principalmente em relação a estes direitos. Para Sérgio Fernando Moro: “o desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim fizer, não se coloca em questão o argumento democrático. Este exige apenas, conforme visto, a reserva de consistência”.<sup>106</sup> A reserva de consistência a que alude o autor refere-se à necessidade do juiz demonstrar, através de argumentos e elementos suficientes, o acerto do resultado que pretende alcançar.

A solução proposta acima, para aplicação de direitos fundamentais dependentes de legislação, no entendimento do presente trabalho, pode ser utilizada quando estiver presente um direito subjetivo público ou definitivo, como se verá adiante.

A jurisdição constitucional cresce em importância com a tarefa de proteção dos direitos fundamentais. O seu alcance está sendo alargado com a “mudança paradigmática”, que consiste em “pensar agora na lei nos termos dos direitos fundamentais”.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> SARLET, obra citada, pg. 335.

<sup>104</sup> CANOTILHO, obra citada, pg. 588.

<sup>105</sup> *idem ibidem*, pg. 587.

<sup>106</sup> MORO, Sérgio Fernando, *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*,

<sup>107</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *in Constituição e Democracia*, São Paulo: Max Limonad, pg. 57.

## II.5. Eficácia horizontal

A doutrina denomina de eficácia horizontal a situação de vinculação dos particulares às normas de direito fundamental, quer dizer, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, através da Constituição de 1988, a separação entre a sociedade civil e o Estado não mais se manteve de maneira absoluta, visto que há uma necessária interligação entre estas duas esferas, a fim de modificar a realidade social para atingir os fins proclamados pelo Estado. Júlio César Finger explica que: “o Estado Democrático de Direito, portanto, é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais. Para tanto deve estar dotado de instrumental jurídico passível de judicialização de uma gama maior de conflitos gerados pela efetivação daqueles direitos, aos quais passou-se a reconhecer eficácia vertical e horizontal”<sup>108</sup>.

Nesse contexto, o Direito Privado passa a ser lido de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição, significativamente através do princípio da dignidade da pessoa humana, ocorrendo o que a doutrina civilista<sup>109</sup> chama de constitucionalização do Direito Civil, com conseqüente despatrimonialização e repersonalização deste ramo jurídico. A visão do Direito Privado não mais se fixa no patrimônio, mas no ser humano e nos seus valores e interesses existenciais<sup>110</sup>.

Dentro da nova perspectiva de integração entre o Direito Público e o Direito Privado é que se insere a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A Constituição Portuguesa previu expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos preceitos dos direitos, liberdades e garantias. Já a

---

<sup>108</sup> FINGER, Júlio Cesar. *Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. in A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, org. Ingo W. Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pg.92.

<sup>109</sup> Dentre os autores que defendem a constitucionalização do Direito Civil estão Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino.

<sup>110</sup> O professor Luiz Edson Fachin explica que: “os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da ‘repersonalização’, que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. O Código Civil brasileiro, efetivamente, tem o seu núcleo na noção de patrimônio, o que acaba por promover uma alteração espacial no interior da disciplina jurídica atinente às relações entre as pessoas. Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a habitação minimamente digna”. (*Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pg.74/75)

Constituição Brasileira não possui tal dispositivo, somente prevendo a aplicabilidade imediata dos direitos previstos no artigo 5º da Constituição<sup>111</sup>.

Embora a falta de expressa previsão pela Carta Constitucional, a doutrina majoritária reconhece a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tanto de defesa como prestacionais, havendo controvérsia, apenas, na extensão desta vinculação<sup>112</sup>.

Quanto aos direitos prestacionais, Regina Maria M. Nery Ferrari afirma que existem normas programáticas que vinculam tanto o Estado como toda a sociedade, citando o art.170 da Constituição, que trata da ordem econômica. Diz ela que: “o que se constata é a necessidade da proteção dos direitos fundamentais mediante uma atuação positiva, isto é, reclamam uma ação, não só do Poder Público, mas também dos entes privados, de forma a satisfazer as necessidades e a realização dos valores estipulados”<sup>113</sup>.

Na análise dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa, Canotilho e Vital Moreira observam a vinculação dos particulares, além do Estado, no respeito e realização desses direitos:

“por outro lado, embora a maioria destes direitos econômicos, sociais e culturais tenha por destinatário o Estado, a quem incumbe em primeira linha satisfazê-los ou criar as condições para os realizar, também existem alguns em que o destinatário é a generalidade dos cidadãos. É o caso dos direitos previstos nos arts 59, 1 (direito dos trabalhadores), 67 (direitos da família), 68 (direitos dos pais e das mães), 69 (direitos das crianças), etc., sendo de acentuar que nestes últimos casos é o próprio preceito constitucional que menciona a ‘sociedade’ ao lado do ‘Estado’ como sujeito passivo dos correspondentes direitos sociais”<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Conforme analisado no item 2 do presente capítulo.

<sup>112</sup> Observação feita por Ingo Sarlet (*Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*). em *A Constituição Concretizada...*, pg.117.

<sup>113</sup> FERRARI, Regina M. M. N., *Normas Constitucionais Programáticas*, pg.189.

<sup>114</sup> CANOTILHO; MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, pg. 113.

Os autores alemães e portugueses formularam diversas teorias para analisar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Canotilho, em resposta à pergunta de *como* e de *que forma* se concebe a eficácia horizontal, menciona duas teorias: a teoria da eficácia direta ou imediata e a da eficácia indireta ou mediata, elaboradas pela doutrina alemã. De acordo com a primeira, diz ele, “os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou coletivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias”<sup>115</sup>.

Para a teoria da eficácia indireta, os direitos, liberdades e garantias vinculariam *prima facie* o legislador, que seria obrigado a conformar as relações privadas<sup>116</sup>.

Esse autor propõe uma fórmula conciliadora, advogando a favor de *soluções diferenciadas*. Prevê que a eficácia horizontal se insere no âmbito da função de proteção dos direitos fundamentais, devendo ter-se em consideração a multifuncionalidade desses direitos, que possibilitem soluções diferenciadas e adequadas, de acordo com o direito fundamental que se apresente no caso concreto.

O constitucionalista português Vieira de Andrade menciona a doutrina alemã na análise da eficácia horizontal e suas teorias da eficácia imediata, que ele chama de *monista*, e da eficácia mediata, que seria a *dualista*. Propõe a observação da possibilidade dos particulares serem sujeitos passivos dos direitos, liberdades e garantias, que ocorre quando houver uma relação de poder especial sobre outros indivíduos. Trata-se do chamado poder social ou poder de fato. O autor admite que “o critério da desigualdade ou do poder social não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse, em abstrato, determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas coletivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que em concreto

---

<sup>115</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pg. 593.

permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas”<sup>117</sup>.

Ingo W. Sarlet analisou de forma mais detida as teorias da eficácia imediata e mediata, concluindo pela aplicação daquela<sup>118</sup>.

A teoria da eficácia imediata invoca os princípios da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição para afirmar a eficácia externa ou horizontal. Diz essa teoria que os direitos fundamentais não necessitam de qualquer formulação para serem aplicados nas relações jurídico-privadas. Os idealizadores alemães da teoria da eficácia direta foram Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner, que sustentam que a negação da eficácia imediata acabaria por atribuir às normas de direito fundamental caráter meramente declaratório.

A teoria da eficácia mediata foi formulada por Dürig, que critica a teoria anterior pela ameaça de uma estatização do Direito Privado na aplicação direta dos direitos fundamentais entre os particulares, gerando um esvaziamento da autonomia privada.

Dürig afirma que os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações privadas, deve haver intermediação, ou seja, uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, através de interpretação e integração dos direitos fundamentais.

As duas teorias possuem características em comum. Ambas superam a concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas (e sempre) contra o Estado. Da mesma forma, as teorizações admitem que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva que gera o “efeito irradiante” desses direitos. Ainda, tanto os adeptos da teoria imediata, como da mediata sustentam uma vinculação direta dos particulares quando restar configurada

---

<sup>116</sup> Robert Alexy também analisa os efeitos imediato e mediato, porém a vinculação neste, para ele, se refere ao juiz. (obra citada, pg.512).

<sup>117</sup> VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pg.286.

<sup>118</sup> SARLET, *Direitos fundamentais e o direito privado...*, em *A Constituição concretizada...*, pg.107 e segs.

uma relação desigual pela incidência do poder social, com desnível significativo entre os sujeitos.

Para sustentar a opção pela teoria da eficácia imediata, Sarlet afirma que, em princípio, todos os direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares, o que decorre da Constituição. A única exceção que o autor coloca refere-se aos direitos fundamentais que tenham por destinatário, exclusivamente, o Poder Público. A vinculação dos particulares pode estar expressa na Constituição, como no caso do artigo 7º, que prevê o direito dos trabalhadores, vinculando diretamente os patrões, ou então, pode estar implícita, pela observação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esclarece o autor que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento para uma vinculação direta dos particulares, ganhando relevância autônoma quando não houver vinculação expressa no texto constitucional. Observa, ainda, que o reconhecimento é de uma eficácia *prima facie*, não havendo razão para uma eficácia direta de feições absolutas.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em face do conflito da autonomia da vontade e de outros direitos fundamentais, necessita de uma análise tópico-sistemática, calcada no caso concreto e que deverá ser tratada similarmente às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares. Tal é a solução proposta por Sarlet, com base nos ensinamentos de Juarez Freitas, analisados no capítulo I do presente trabalho.

A realidade social brasileira requer sejam observados os direitos fundamentais diretamente na vinculação dos particulares, pois a opressão econômica e social ainda é enorme. Assim, na observação do caso concreto, deverá ser feita uma ponderação para se analisar de que forma o direito fundamental deve ser aplicado, sempre considerando que ambos os particulares são titulares de direitos fundamentais, porém levando em conta também o poder social que possa uma das partes imprimir sobre a outra, a fim de que prevaleça a dignidade humana.

## Capítulo III. A eficácia dos direitos fundamentais sociais

### III.1. Considerações preliminares

Na análise da realidade brasileira, os direitos sociais são os que mais sofrem o problema da efetividade e a problemática dos instrumentos jurídicos disponíveis para sua realização. O surgimento do Estado Social trouxe a discussão à tona e com o passar do tempo questionam-se novas formas de proteção e aplicação dos direitos sociais. Dentro desse debate, a reformulação da teoria da separação dos poderes encontra lugar<sup>119</sup>. O Estado necessita rever o papel dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a dar a cada um deles maior competência para a realização do Estado Social.

O Poder Judiciário ocupa posição de destaque nessa nova leitura das funções estatais, pois com o fenômeno da juridicização da política a função jurisdicional passa a ser também a de controlar as políticas públicas e a aplicação dos orçamentos.

A Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente, sendo que os direitos fundamentais sociais constituem a maior parte das normas programáticas inseridas no texto constitucional. Assim, os direitos sociais imprimem fins e tarefas ao Estado, a fim de que seja realizado o principal objetivo que é a persecução do bem comum, aliás única razão para a qual o Estado foi criado.

A maior parte dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição<sup>120</sup> está incluída entre os direitos prestacionais, conforme classificação de Ingo W. Sarlet, vista anteriormente, sendo que dentre os direitos prestacionais, os de maior dificuldade de efetividade e que serão tratados com maior ênfase nesta parte do trabalho, são os direitos prestacionais em sentido estrito, que reclamam prestações materiais por parte do Estado para sua realização.

Nas palavras de Marcelene Carvalho da Silva:

---

<sup>119</sup> KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. Em *A Constituição Concretizada...*, pg.52 e segs.

“os direitos fundamentais sociais dependem para sua efetivação de ações positivas do Estado, e portanto, a sua eficácia está associada a um conjunto de condições ou pressupostos, que constituem uma multiplicidade de fatores, a saber: a capacidade econômica do Estado, o sistema de distribuição de bens na sociedade, o tipo de sociedade quanto ao seu estilo de vida, suas convenções, convicções éticas e religiosas, sua cultura, seu nível de ensino, que influenciam e condicionam a existência e proteção não só dos direitos sociais, mas de todos os direitos fundamentais”<sup>121</sup>.

No estudo da questão, a doutrina (com destaque para a alemã e a portuguesa) formulou princípios para dar conta da progressiva realização desses direitos. Na observação de que a programaticidade inerente aos mesmos não possibilita a aplicabilidade imediata de muitas das disposições constitucionais, foram criados princípios, tais como o princípio da máxima otimização, da reserva do possível e da vedação do retrocesso social. Com isso, reformula-se a questão hermenêutica dos direitos fundamentais sociais, que deixa de ser um problema de mera subsunção do fato à norma, para se tornar um problema de conformação política dos fatos, implicando em um projeto ideológico<sup>122</sup>.

Dentro dessa perspectiva, coloca-se a problemática dos direitos sociais inseridos numa determinada época histórica e de acordo com determinados valores escolhidos pela sociedade. A abstração desses direitos na Constituição Federal é necessária para manter a estabilidade constitucional em consonância com a dinâmica sócio-econômica.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Basicamente contidos no artigo 6º que diz: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>121</sup> CARVALHO DA SILVA, Marcelene. *Direito à proteção da saúde na Constituição Federal de 1988*, Curitiba, 2001, 166 f., Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, pg. 10/11.

<sup>122</sup> KRELL, Andreas J. (*Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais*), obra citada, pg. 49.

<sup>123</sup> A propósito, a conjuntura sócio-econômica do país demonstra o paradoxo existente entre o que diz a Constituição e a realidade na qual mais de trinta milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza. São pessoas que não contam com saúde, educação, alimentação, emprego e sequer moradia digna. Tal é a tensão entre a realidade social e o texto normativo.

Dito isso, passa-se agora à análise dos princípios mencionados acima, a fim de estudar a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

### III.2. A máxima otimização

Tendo em vista a impossibilidade de realização de todos os direitos sociais previstos no texto constitucional de maneira imediata, fala-se na máxima otimização desses direitos, ou seja, os direitos sociais, mesmo que não aplicados na sua integralidade, devem ser observados tanto quanto possível pelos poderes constituídos e, também, pela sociedade.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais possui relevância na discussão, pois a doutrina e a jurisprudência têm negado a condição de autênticos direitos subjetivos a muitos direitos prestacionais, o que pode ser questionado.

Robert Alexy, citando Konrad Hesse, afirma que a compreensão dos direitos fundamentais sociais como normas objetivas supremas resulta para o legislador numa obrigação positiva de fazer tudo a fim de realizar os direitos fundamentais, ainda quando não exista para ele nenhum direito subjetivo do cidadão<sup>124</sup>.

A existência de direito subjetivo pelo cidadão, oriundo de uma norma objetiva de direito prestacional (em sentido estrito), é ponto central na análise da eficácia desses direitos. Falar-se-á mais adiante da reserva do possível como um dos limites ao surgimento de um direito subjetivo. Deve-se constatar que a esfera dos direitos prestacionais não pode assumir uma dimensão de tudo ou nada, sendo necessário uma ponderação para aplicação de tais direitos. Essa é a posição de Alexy<sup>125</sup>.

É preciso que se observe uma ponderação de princípios a fim de maximizar a aplicação dos direitos fundamentais sociais. O modelo formulado por

<sup>124</sup> ALEXY, Robert, obra citada, pg.484.

<sup>125</sup> “la esbozada variedad sugiere la suposición de que en el problema de los derechos fundamentales sociales no puede tratarse de una cuestión de todo o nada. Parece inevitable introducir diferenciaciones” (*idem*, *ibidem*, pg.486).

Alexy não indica quais são os direitos fundamentais sociais definitivos que tem o indivíduo, mas estabelece situações que podem dar a resposta da existência de um direito subjetivo.

Para referido autor, uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida se exige a utilização do princípio da liberdade fática<sup>126</sup> e os princípios da separação dos poderes, da democracia e princípios materiais opostos são afetados de maneira reduzida. Em qualquer caso, exige-se que se trate de um direito fundamental social mínimo<sup>127</sup>.

Esclarecedora é a colocação de Ingo Sarlet quando diz:

“constata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização do legislador. Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação, destacada especialmente pela doutrina estrangeira, de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde”<sup>128</sup>.

Para além desse padrão mínimo necessário à dignidade humana, admite-se apenas direitos subjetivos *prima facie*, tendo em vista que, em relação aos direitos definitivos, são direitos que contêm algo de excessivo.

No plano objetivo, aos direitos *prima facie* correspondem deveres *prima facie*. Estes consistem em deveres do Estado de procurar fazer com que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais sociais correspondam

---

<sup>126</sup> liberdade fática para Alexy significa a possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana dentro da comunidade social e em sua dignidade (*idem, ibidem*, pg.489). Apenas a liberdade jurídica não consegue realizar os direitos fundamentais sociais e, sem a liberdade fática, estes direitos acabam tornando-se fórmulas vazias.

<sup>127</sup> *idem, ibidem*, pg.495.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, pg.322.

liberdades fáticas<sup>129</sup>. Um dever *prima facie* pode transformar-se num dever definitivo se o seu não cumprimento for injustificado.

Um exemplo de direito *prima facie* é o direito ao trabalho que contém o dever *prima facie* por parte do Estado de adotar uma política de pleno emprego. (artigo 6º e 170, VIII da Constituição Federal).

A compreensão dos direitos sociais programáticos como “mandados de otimização” tem como consequência a interpretação progressiva desses direitos, quer dizer, o Estado pode negar a eficácia dos mesmos apenas temporariamente, em virtude de impossibilidade material evidente e comprovada, como se verá a seguir.

### III.3. A reserva do possível

O princípio da reserva do possível foi criado pela doutrina alemã, visando adequar as possibilidades financeiras estatais com a realização das disposições referentes aos direitos prestacionais em sentido estrito. Esse princípio limita, portanto, a possibilidade dos particulares pleitearem do poder público uma prestação fática, pelo menos por determinado lapso de tempo e relativamente a direitos *prima facie*.

A dimensão econômica é a principal questão que envolve a efetivação dos direitos fundamentais sociais, que ficam na dependência das políticas econômicas e das condições de desenvolvimento econômico e social do país.

Canotilho, ao falar dos direitos originários a prestações, afirma que, apesar dos mesmos estarem submetidos à reserva do possível, não se trata de simples apelo ao legislador, mas de imposição constitucional que legitima as transformações econômicas e sociais necessárias à efetivação dos mesmos<sup>130</sup>.

Ingo Sarlet ensina que a reserva do possível envolve um limite fático e outro jurídico à efetivação dos direitos sociais, comportando duas situações, quais sejam, a de que o Estado possui capacidade limitada para oferecer os recursos

---

<sup>129</sup> ALEXY, obra citada, pg.499/500. Seguindo o autor estão também Ingo Sarlet (obra citada, pg. 324) e Canotilho, na obra *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pg.34/36.

<sup>130</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pg.544/545.

materiais necessários e a de que deve haver poder de disposição, por parte do Estado, dos recursos já existentes (capacidade jurídica). Além disso, deve ser observado o limite da razoabilidade, ou seja, a prestação a ser reclamada pelo particular deve ser razoável para os padrões sociais<sup>131 132</sup>.

Para que a aplicação dos recursos se dê nas áreas prioritárias, de forma a respeitar os limites acima, ocorre uma opção a cargo do legislador. Vieira de Andrade leciona que:

“as políticas de habitação, saúde, segurança social, educação, cultura, etc..., dadas as suas complexidade e contingência, não podem estar determinadas nos textos constitucionais e a sua realização implica opções autônomas e específicas de órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções”<sup>133</sup>.

Daí porque os direitos fundamentais sociais necessitam de legislação infraconstitucional, inclusive para fixação do orçamento que destina os recursos a esta ou a aquela área social. Essa situação pode levar, por vezes, à omissão inconstitucional.

Para tentar combatê-la, a doutrina<sup>134</sup> tem apontado a utilização da ação civil pública, prevista no artigo 129, III da Constituição como função do Ministério Público. A jurisprudência não tem aceitado os argumentos abordados, julgando quase sempre a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Veja-se julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEDIDA CAUTELAR COM OBJETIVO DE OBRIGAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A FAZER REFORMA NO PRÉDIO E REEQUIPAR A ESCOLA PÚBLICA –

---

<sup>131</sup> SARLET, Ingo W., obra citada, pg.264/265.

<sup>132</sup> O benefício deve ser prestado nos limites da necessidade, racionalizando a aplicação dos recursos pelo Estado. Este não pode financiar viagem ao exterior para tratamento de saúde de determinado indivíduo, deixando outros sem atendimento. O princípio da proporcionalidade deve ser observado.

<sup>133</sup> VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pg.202.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Extinção da ação. Não pode o julgador deliberar a respeito de atos da administração pública, que resultem sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício dos outros poderes – Executivo e Legislativo – do Estado. Aliás, a administração pública só pode fazer o que contenha em seus recursos e há de fazê-lo segundo previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo, não podendo ser atropeladas. Ademais, não se pode olvidar que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação (Constituição Federal, 37, XXI). Recurso conhecido e provido para declarar extinta a ação civil pública”.<sup>135</sup>

Se é certo que os direitos prestacionais em sentido estrito dependem de disposições econômicas por parte do Estado, também é certo que existem determinados direitos que ultrapassam até mesmo a reserva do possível, por serem direitos necessários ao mínimo indispensável à dignidade humana. Alexy afirma que os direitos fundamentais podem ter mais peso do que razões de política financeira, já que o princípio da competência orçamentária do legislador não é um princípio absoluto<sup>136</sup>.

Ainda, Alexy afirma, rebatendo argumentos contrários ao modelo por ele proposto, que em tempos de crise econômica é ainda maior a necessidade de atendimento das posições jusfundamentais, por mais mínimas que sejam e que a justiciabilidade deficiente dos direitos fundamentais pode ser sanada não só pelo Legislativo, como também pelo Judiciário, no combate à omissão inconstitucional ou na solução do caso concreto<sup>137</sup>.

Conforme analisado no item anterior, quando houver um direito social definitivo, porque a liberdade fática se sobressai aos demais princípios, não há que se falar em uma reserva do possível. A reserva do possível é observada para os

<sup>134</sup> KRELL, Andreas J., *Controle judicial...*, obra citada, pg.57.

<sup>135</sup> relator Desembargador João Martins, publicado no Diário da Justiça de Santa Catarina em 22/08/94, pg.03.

<sup>136</sup> ALEXY, Robert, obra citada, pg. 495.

<sup>137</sup> *Idem, ibidem*, pg.496/497.

direitos sociais *prima facie*, funciona como cláusula restritiva desses direitos<sup>138</sup>. Assim evita-se que, em nome da reserva do possível, acabe-se por destituir a norma constitucional de eficácia.

Avaliando a questão da existência de direitos subjetivos nas normas programáticas, Regina Maria M. N. Ferrari explica:

“assim, é possível afirmar que nem sempre as normas programáticas apresentam-se aptas a produzir, desde logo, direitos subjetivos, mas quando isso acontece, surgem para os beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, que serão efetivadas por prestações, positivas ou negativas, exigíveis do Estado, e quando não realizadas voluntariamente, fazem nascer para o titular do direito, uma pretensão que deverá ser veiculada pelo direito de ação, isto é, do direito de exigir perante o Judiciário a sua prestação coativa, pois ao lado da possibilidade de exigir, existe o dever jurídico de cumprir, e quando esta exigibilidade de conduta acontece do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público”<sup>139</sup>.

Dessa forma, as situações em que se encontre um direito subjetivo definitivo podem ser pleiteadas em juízo e o juiz está obrigado a analisá-las. Há casos em que a própria Constituição prevê que um direito social é um direito subjetivo público, como o direito à educação (art.205, *caput* e art.208, parágrafo 1º) e o direito à saúde (art.196, *caput*).

Canotilho observa as dimensões objetiva e subjetiva das prestações referentes aos direitos fundamentais sociais e diz que “a doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação dos entes públicos e minimizar o seu conteúdo subjetivo. (...) os direitos à educação, à saúde e à assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”<sup>140</sup>.

Quer dizer que a inexistência de hospitais públicos ou da organização do Sistema Único de Saúde, como prevê a Constituição (art.198), não

---

<sup>138</sup> *idem, ibidem*, pg.499.

<sup>139</sup> FERRARI, Regina M. M. N., obra citada, pg.230.

impede o exercício do direito à saúde. O direito subjetivo à saúde significa que o indivíduo que esteja acometido de doença e que não possa custear o tratamento tem o direito de ser atendido pelo serviço público ou ter o tratamento financiado pelo Estado em instituição particular e a negação do atendimento pode ser atacada, inclusive, por mandado de segurança<sup>141</sup>.

Tratando do direito à educação, Marcos Augusto Maliska assevera que: “o Estado tem o dever, tem a obrigação jurídica de oferecer e manter o ensino público obrigatório e gratuito. Trata-se do mínimo em matéria de educação. Como corolário desta obrigação jurídica, o cidadão, em virtude da falta de atitude, por parte da administração pública, para tentar solucionar a inexistência de vagas nas escolas, pode recorrer ao Judiciário para requerer a matrícula”<sup>142</sup>.

Outros meios podem ser utilizados para requerer do Estado a prestação devida, como ação cominatória pleiteando obrigação de fazer com cominação de pena para o caso de descumprimento da sentença. Ou o pedido alternativo: caso não exista vaga no serviço público ou este ainda não tenha sido implantado, o Estado pode custear o serviço através da iniciativa privada. Pode-se, ainda, pleitear indenização pela omissão ilícita do Estado<sup>143</sup>.

Para assegurar um patamar de direitos mínimos, o juiz deve atuar na efetivação judicial dos direitos fundamentais a prestações materiais sempre que possível, quer dizer, sempre que esteja presente um direito subjetivo público (ou definitivo).

---

<sup>140</sup> CANOTILHO, J. J. G., *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pg.368.

<sup>141</sup> “MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES AFASTADAS. FORNECIMENTO DA SUBSTÂNCIA INTERFERON, PARA TRATAMENTO DE HEPATITE B CRÔNICA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM O DIREITO A VIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

A negativa de fornecimento do medicamento indicado para o tratamento da doença do impetrante, afronta a proteção do direito à vida, direito subjetivo inalienável, garantido pela Carta Magna. Segurança concedida.” (MS 0075175-3, acórdão nº 3316, I Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. convocado Juiz Antonio Alves do Prado Filho, DJPR nº5398, 31/05/99).

O impetrado neste M. S. foi o Secretário de Saúde do Estado do Paraná (e outro).

<sup>142</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, pg.154.

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. obra citada, pg.147/148.

### III.4. A proibição do retrocesso social

Uma vez regulamentados os direitos sociais dependentes de legislação, deve haver um mecanismo que proteja estas disposições para imprimir segurança jurídica e garantia da efetivação de tais direitos. O princípio da proibição do retrocesso consiste no impedimento do legislador de suprimir determinadas posições jurídicas, já criadas pela legislação infraconstitucional, relativamente aos direitos fundamentais sociais. Visa-se garantir os direitos subjetivos já conquistados para avançar na efetivação de outros direitos.

De acordo com a concretização das políticas públicas para assegurar o exercício dos direitos fundamentais sociais, surgem para os cidadãos os direitos derivados a prestação, que consistem no direito de igual acesso aos serviços públicos disponíveis e direito de igual cota-parte nas prestações fornecidas por tais serviços. Canotilho explica que: “os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de ‘guarda de flanco’ (J.P. MÜLLER) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido”. Os titulares de tais direitos, então, podem exigir a manutenção do nível de realização adquirida<sup>144</sup>.

Nesse sentido, o direito social regulamentado através da lei torna-se um típico direito de defesa e as restrições concernentes a esses direitos devem respeitar o mínimo necessário para assegurar a satisfação do direito regulamentado<sup>145</sup>.

Na análise do princípio, Vieira de Andrade verifica que a garantia de estabilidade das situações jurídicas criadas pelo legislador abrange um mínimo e um máximo. O mínimo seria a proibição pura e simples de destruir as situações já consolidadas e também de se tornarem mais visíveis eventuais violações de preceitos constitucionais como o princípio da igualdade. O máximo consiste em considerar as concretizações legais como materialmente constitucionais<sup>146</sup>.

Anota referido autor que:

---

<sup>144</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pg.542.

<sup>145</sup> CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, pg.131.

<sup>146</sup> VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pg.308.

“a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. A *liberdade constitutiva* e a *auto-revisibilidade*, ainda que limitadas, constituem características *típicas* da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados”.<sup>147</sup>

Outros argumentos contrários a uma máxima utilização do princípio se colocam na possibilidade dos direitos sociais terem sua eficácia ainda mais reforçada do que a dos próprios direitos de defesa e na questão da abertura constitucional para adaptar-se à dinâmica social.

Tendo em vista a necessária garantia de manutenção de um mínimo de segurança social já adquirido, não se pode desprezar a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social. Mais uma vez, a utilização do método de ponderação se faz necessária.

Ingo Sarlet adota o princípio da vedação do retrocesso social como um princípio constitucional implícito, podendo ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, assim como ao princípio do Estado Social, quando garante a manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados.<sup>148</sup>

A solução adequada para a aplicação do princípio é fornecida por este autor:

“em se levando em conta que o postulado da proibição do retrocesso social, por não ter caráter de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na lógica do tudo ou nada, aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, por evidente, sua supressão pura e simples. Por outro lado, não se poderá desconsiderar que estas restrições não poderão, em hipótese alguma, ferir o núcleo essencial dos direitos

---

<sup>147</sup> *idem, ibidem*, pg. 308/309.

<sup>148</sup> SARLET, obra citada, pg.375.

fundamentais sociais legislativamente concretizados, além da necessidade de se situarem sempre dentro dos limites fixados pelo princípio da proporcionalidade”.<sup>149</sup>

Uma questão que ainda precisa ser estudada pela doutrina, no tocante à eficácia social dos direitos sociais, refere-se à aplicação da proibição do retrocesso na atividade administrativa e no volume de recursos destinados às prestações materiais. Essa colocação é feita por Andreas J. Krell:

“para podermos construir uma garantia da manutenção do nível de prestação social uma vez alcançado, seria importante esclarecer se essa proibição se refere somente à atividade legislativa ou também ao nível de organização fática dos serviços básicos e do volume das prestações materiais, como cortes no orçamento da respectiva entidade pública. Também não fica claro se as leis orçamentárias nos três níveis federativos poderiam diminuir o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos e se as leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas”.<sup>150</sup>

O desenvolvimento e aplicação desse princípio podem representar grande avanço na efetividade dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que o Poder Executivo, assim como o Legislativo, possui a característica da transitoriedade dos seus representantes. A regulamentação dessa matéria na área administrativa poderá preservar as realizações obtidas durante o mandato do chefe do Poder Executivo, quando houver modificação do representante eleito.

---

<sup>149</sup> *idem, ibidem*, pg.376.

<sup>150</sup> KRELL, Andreas J., *Controle judicial...*, obra citada, pg.35.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, inseridos na Constituição Federal de 1988, formam o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito, imprimindo ao Estado brasileiro a característica de Estado Social, o que leva ao fenômeno da juridicização da atividade política.

Esse fator desencadeia conseqüências, tais como a vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário às normas de direitos fundamentais, que se considera como eficácia vertical, e a necessidade de reformulação da teoria da separação dos poderes, a fim de buscar maior interdependência entre os mesmos para que se atinja o objetivo do Estado, qual seja, o bem estar da sociedade.

Para além do Estado, a sociedade civil também se encontra vinculada aos direitos fundamentais, pois o aparato estatal sozinho não é capaz de tornar efetivos os direitos constantes do catálogo constitucional. Ocorre, atualmente, uma interligação entre a sociedade civil e o Estado Social, assim como entre os ramos do Direito Público e do Direito Privado.

O poder social existente na relação entre os particulares, que no caso da sociedade brasileira é bastante evidente, em decorrência das diferenças econômicas e sociais, deve ser levado em consideração quando da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. A eficácia horizontal estabelece-se diretamente nas relações entre particulares, inclusive por própria previsão da Constituição Federal em muitos de seus dispositivos. Utiliza-se a análise tópico-sistemática na avaliação da incidência de uma norma de direito fundamental na relação jurídico-privada concretamente apresentada.

A eficácia dos direitos fundamentais também é dirigente, pois os valores positivados em suas normas orientam a atuação estatal, e irradiante, no sentido de orientar a produção e interpretação de todas as normas infraconstitucionais. Estas duas formas de eficácia inserem-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que ganhou espaço com a implantação do Estado Social.

Todas as normas constitucionais, inclusive os direitos fundamentais sociais, possuem uma eficácia jurídica de regulação, com uma dimensão negativa e outra positiva, de forma que mesmo as normas ditas programáticas geram pelo menos um direito subjetivo em sentido amplo, quer dizer, o Estado deve abster-se de agir contrariamente ao que prevê a norma.

Os direitos fundamentais possuem funções dentro do sistema jurídico, funções defensivas e prestacionais. As funções defensivas fazem parte tipicamente do Estado de matriz liberal e convivem com as funções prestacionais, típicas do Estado Social. Tais funções são importantes para a análise do plano da eficácia dos direitos fundamentais, já que os direitos prestacionais requerem maior atenção dos poderes constituídos e da sociedade, tendo em vista a necessidade de complementação normativa e de assistência material.

O sistema dos direitos fundamentais dentro da Constituição possui um núcleo essencial, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio é responsável pela unidade do sistema e pela forma de interpretação dos direitos fundamentais, tanto de defesa como prestacionais.

O direito fundamental pode sofrer restrições (mediatas ou imediatas) ou estar em colisão com outro, quando da aplicação ao caso concreto. Sempre a solução deve respeitar o núcleo essencial do direito, através de um juízo de ponderação. No caso de haver colisão entre direitos, deve-se fazer uma análise tópicosistemática para se chegar ao resultado mais benéfico à proteção do núcleo essencial do direito.

Na interpretação dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios de Robert Alexy deve ser utilizada. Esta teoria opera com os conceitos de regra e de princípio para orientar a interpretação das normas jurídicas e serve para que os direitos fundamentais sociais que ainda não possam ser efetivamente aplicados tenham uma função importante dentro do sistema, pois são considerados princípios (direitos *prima facie*) que orientam as demais normas (normas não executáveis são princípios que, em face de outros, passam por um processo de ponderação). Desta forma, a teoria dos princípios permite que se utilize o caminho intermediário entre a vinculação e a

flexibilidade, imprimindo maior consistência às normas programáticas, inclusive com a necessária vinculação dos particulares e do poder público aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais possuem regime jurídico diverso dos demais e também entre si, estando submetidos aos princípios da máxima otimização, da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. Estes princípios têm o objetivo de orientar a progressiva efetividade desses direitos, tendo em vista a programaticidade inerente aos mesmos.

Tais direitos podem ser exercidos na sua plenitude quando gerarem direitos subjetivos aos titulares. A dimensão subjetiva pode estar expressamente positivada na Constituição, pode vir a ser regulamentada por legislação infraconstitucional ou pode estar implícita no texto constitucional. Neste caso, fala-se, de acordo com Robert Alexy, em direitos subjetivos definitivos que possam garantir o mínimo necessário à preservação da vida e dignidade humana.

Quando não constituírem direitos subjetivos em sentido positivo, os direitos fundamentais sociais devem ser observados na sua dimensão objetiva, vinculando os poderes públicos e os particulares, de modo a imprimir a máxima otimização às suas disposições. Da mesma forma, a concretização de tais direitos depende dos recursos econômicos fornecidos pelo Estado para o amparo material necessário à fruição do mesmo, situação que, muitas vezes, inviabiliza o exercício do direito.

A necessidade de observação da reserva do possível não é aplicável a todos os direitos fundamentais sociais, pois o princípio da dignidade humana sobrepõe-se ao princípio da reserva do possível. Nos casos em que a vida e a dignidade humana estiverem ameaçadas, surge o direito subjetivo definitivo e o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes, pode agir para proteger o direito fundamental, independentemente de previsão legal e/ou orçamentária para atendimento do titular do direito.

Os direitos à saúde e à educação estão expressamente consolidados na Constituição como direitos subjetivos públicos e reclamam maior atenção do Estado. A falta de estrutura para prestação dos serviços públicos de saúde e educação

não impede o exercício do direito, quer através da utilização da iniciativa privada, quer através de indenização a ser paga pelo Poder Público.

Os direitos fundamentais sociais, uma vez regulamentados pela lei, passam a ser considerados também direitos subjetivos públicos e podem ser invocados em favor do titular para a fruição do direito ou para que se respeite o princípio da igualdade na fruição do mesmo. É vedado ao Poder Público, em especial ao Poder Legislativo, simplesmente eliminar a regulamentação dos direitos fundamentais sociais, podendo restringir o direito visando o melhor interesse público, porém a proteção do núcleo essencial do direito deve ser preservada.

Vários são os mecanismos judiciais para pleitear a eficácia dos direitos fundamentais sociais, dentre eles mencionou-se o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação civil pública e o mandado de segurança.

O papel do Poder Judiciário, através de uma interpretação construtiva, é de extrema importância para a eficácia dos direitos fundamentais. A classificação tricotômica de José Afonso da Silva deve ser utilizada com certa relativização, pois determinados direitos de eficácia limitada podem ter aplicabilidade imediata, caso o Poder Judiciário esteja autorizado a agir em razão da necessidade de proteção da vida e da dignidade humana.

Por fim, a efetividade dos direitos fundamentais requer um longo lapso de tempo para a necessária consolidação da democracia e das políticas públicas destinadas às áreas sociais. O engajamento de todos os setores da sociedade é imprescindível na realização deste intento.

Os operadores jurídicos, em especial, devem estar conscientes da força normativa da Constituição e da necessidade de uma nova abordagem da ordem jurídica, na qual o centro passa a ser o ser humano e sua possibilidade de desenvolvimento, progresso e emancipação.

Enfim, vislumbra-se a possibilidade de uma sociedade mais livre, justa e solidária na plena realização dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2 vol., 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª ed., São Paulo: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CALLIARI, Valiana Wargha. *A função das normas constitucionais programáticas*, Curitiba, 2000, 150 f., Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*, Coimbra Editora: Coimbra, 1988.

\_\_\_\_\_ ; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora: Coimbra, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *in Constituição e Democracia*, São Paulo: Max Limonad, 2001, pp.49/60.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria Geral do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. A busca de uma exegese emancipatória*. Curitiba, 2001, 182 f., Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes Editora, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo IV, 1967.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, Curitiba, 2000, 108 f., Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio da dignidade da pessoa humana*, Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

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

\_\_\_\_\_ (org.). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcelene Carvalho da. *O direito à proteção da saúde na Constituição Federal de 1988*, Curitiba, 2001, 166 f., Dissertação de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.